

# LA DIFÍCIL CONCILIACIÓN DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO CON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES INVOLUCRADOS

The difficult conciliation within our legal system  
of the gestation by substitution with the  
fundamental rights involved

MARÍA JORQUI AZOFRA  
Universidad Pública de Navarra  
maria.jorqui@unavarra.es

## *Cómo citar/Citation*

Jorqui Azofra, M.º (2020).

La difícil conciliación de la gestación por sustitución en nuestro ordenamiento  
jurídico con los derechos fundamentales involucrados.

*Derecho Privado y Constitución*, 37, 381-426.

doi:<https://doi.org/10.18042/cepc/dpc.37.05>

(Recepción: 15/04/2020; aceptación tras revisión: 16/10/2020; publicación: 18/12/2020)

## **Resumen**

A la luz de los valores y principios que vertebran nuestro sistema jurídico, hay que plantearse si estos son conciliables con la pretensión de ubicar, en el marco de un contrato de gestación por sustitución, determinados derechos fundamentales. ¿Cómo encajar en nuestro ordenamiento la intención de transformar en materia disponible la facultad personalísima de gestar una nueva vida humana, además de esta última? El trabajo tiene por objeto analizar los principales argumentos que delimitan el debate sobre si admitir o no esta práctica. Para ello, se observa el estado de la cuestión en nuestro derecho. Se revisan las distintas posturas sustentadas sobre el reconocimiento de la filiación de los nacidos a partir de esta práctica allí donde es admitida. Para finalizar con una valoración ponderada de las distintas consideraciones expuestas a fin

de concluir si resulta o no admisible la regulación de la gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico.

### **Palabras clave**

Gestación por sustitución; filiación; interés superior del menor; autonomía de la voluntad; dignidad; vida privada y familiar; menores; madre gestante; padres comitentes.

### **Abstract**

In the light of the values and principles that underpin our legal system, it is necessary to consider whether they are reconcilable with the claim to locate certain fundamental rights, within the framework of a contract of gestation by substitution. How to fit into our legal system the purpose of transforming into available matter the very personal faculty of creating a new human life, in addition to this latter? The scope of this paper is to analyze the main arguments that limit the debate on whether or not to admit this practice. To this end, the state of the question on our law is observed. The different positions related to the recognition of the filiation of those born from this practice are reviewed. The paper ends with a weighted assessment of the different considerations outlined to conclude whether or not the regulation of this practice is admissible in our legal system.

### **Keywords**

Gestation by substitution; filiation; best interest of the child; autonomy of the will; dignity; private and family life; minors; pregnant mother; client parents.

## SUMARIO

---

I. ALGUNAS REFLEXIONES PREVIAS. II. UN BREVE APUNTE SOBRE EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL: 1. La gestación por sustitución en la LTRHA. 2. La situación jurídica de los españoles que contratan esta práctica allí donde es admitida: 2.1. *La postura adoptada por la Dirección General de los Registros y del Notariado*. 2.2. *La posición sustentada por el Tribunal Supremo*. 2.3. *Breve referencia a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: de los casos Mennesson y Labassee al de Paradiso y Campanelli*: 2.3.1. *Los casos Mennesson y Labassee contra Francia*. 2.3.2. *El caso Paradiso y Campanelli contra Italia*. III. VALORACIÓN DE POSTURAS PARTIDARIAS Y CONTRARIAS A LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN EL DEBATE SOBRE SU ADMISIÓN EN ESPAÑA: 1. La paternidad/maternidad: ¿más allá de una opción personal? 2. ¿Prever la gratuidad del negocio para evitar la patrimonialización de la capacidad de gestación de la mujer de una vida humana y de esta misma? 3. La autonomía y dignidad de la mujer gestante... ¿compatibles con la irrevocabilidad del consentimiento? 4. ¿El anonimato de la mujer gestante debería ceder a favor del derecho del niño a conocer su origen biológico? 5. ¿Admitir la regulación de esta práctica para preservar el interés superior del menor? IV. A MODO DE CONCLUSIÓN. BIBLIOGRAFÍA.

---

## I. ALGUNAS REFLEXIONES PREVIAS

Son muchos los términos utilizados —maternidad subrogada, vientres de alquiler, gestación subrogada, gestación por sustitución...—, para hacer referencia a un mismo fenómeno. También son varias las definiciones y fórmulas que admite esta práctica. En cuanto a cuestiones terminológicas, evitaremos aquellas —tales como «madres de alquiler» o «vientres de alquiler»— cuya carga valorativa denota la intención de reducir la complejidad del debate para reforzar cierta posición en el mismo. El uso de estas expresiones obedece, en general, a la intención de subrayar la idea de la mujer como depósito de generación de una nueva vida, y el nivel de cosificación humana que esto conlleva. Se trata de una expresión reduccionista. Pues no parece que puedan considerarse como inseparables el «ser» de la mujer y todo lo que «tiene lugar» en su vientre y más allá de su útero. Como se ha señalado (Puleo, 2017: 168),

hablar de «vientres de alquiler» es referirse críticamente a una escisión entre una mujer como totalidad psicofísica y una parte de su cuerpo que entra en el mercado con un precio, como cualquier otro recurso<sup>1</sup>.

Utilizaremos la expresión «gestación por sustitución» por ser la que suele emplearse en el ámbito jurídico, aunque tampoco resulte del todo expresiva de la realidad que designa<sup>2</sup>. Pues, de algún modo, la idea que evoca la palabra «subrogación» es la de «sustitución» o «reemplazo». Cuando se utilizan dichos términos en este contexto parece querer indicarse que el fin del contrato es hacer irrelevante tanto la gestación como la propia maternidad. Entendemos que la gestación —como proceso fisiológico en el que intervienen factores físicos y emocionales, los cuales se proyectan en todo el ser de la mujer—, y la maternidad —que abarca una realidad que va allende del aspecto fisiológico o gestacional— son «irreemplazables». Eludir dicha significación emocional, biológica, social..., allana el camino para su concepción como simple trámite o proceso contractual<sup>3</sup>.

Más allá de la polémica sobre la terminología utilizada, resulta preferible centrar la reflexión en las principales cuestiones jurídicas que plantea esta práctica. Esta consiste en un proceso<sup>4</sup> cuyo desarrollo se delimita en un plano contractual, por el que una mujer (con contraprestación o sin ella) se compromete a gestar y dar a luz un bebé concebido a través de técnicas de

<sup>1</sup> Véanse, en este sentido, Ekis Ekman (2017: 196-199); Informe CBE (2017: 9 y ss.).

<sup>2</sup> Expresión que contempla nuestra legislación, tal y como se recoge en el art. 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (LTRHA). A favor de este término se muestra, entre otros, Lamm (2012: 4). Si bien, como expresan algunos autores, «[...] podrían plantearse algunas objeciones en el caso de que la mujer que va a llevar a cabo la gestación aporte su material genético, ya que en este supuesto la gestante asume también la maternidad biológica» (Souto Galván, 2005: 277).

<sup>3</sup> También se ha utilizado, destacando el aspecto contractual de esta práctica, el término «gestación por encargo» o «gestación para otros» Véase Salazar Benítez (2018: 46 y ss.). Se considera que dicho término es «más completo, aséptico y significativo en esta materia» (Vela Sánchez, 2015: 27 y ss.). Así es como en Francia, por ejemplo, se conoce a esta práctica.

<sup>4</sup> Utilizamos el término práctica porque no consideramos que estemos ante una técnica de reproducción humana asistida (TRHA). Se trata, más bien, de un proceso mediante el cual una mujer es fecundada a través de una TRHA con el objetivo de renunciar a su hijo a favor de otro. De hecho, la LTRHA no la incluye dentro del anexo en el que se identifican dichas técnicas. Véase Grupo de Ética y Buena Práctica Clínica de la SEF (2015: 6).

reproducción asistida (aportando o no también su óvulo)<sup>5</sup>, renunciando a los derechos que le corresponderían como madre a favor de la contraparte, el/los comitentes. Estos pueden ser una persona o una pareja, matrimonial o no, que a su vez pueden aportar o no sus gametos, siendo estos quienes van a asumir su paternidad/maternidad<sup>6</sup>. Lo que caracteriza a este proceso es «la voluntad de privar de la condición de madre a quien ha dado a luz a un niño y atribuírla a otra u otras personas» (Informe CBE, 2017: 6)<sup>7</sup>.

Observamos, por tanto, que la especificidad de esta práctica entraña la quiebra del criterio clásico del derecho romano «mater semper certa est»<sup>8</sup>. Esto es, supone la fractura de la certeza de la maternidad ligada a la gestación y al parto —sobre la que se ha erigido tradicionalmente el sistema de filiación—, pudiéndose establecer esta sobre la base de un consentimiento de quienes desean ser padres, distinto de la adopción<sup>9</sup>. Institución jurídica en la que su afinidad con la gestación por sustitución consiste, básicamente, en que la madre adoptiva (madre legal) no coincide con la madre biológica<sup>10</sup>.

<sup>5</sup> Véase, más ampliamente, el Informe CBE (2017: 6-9), donde se exponen las diversas fórmulas que admite esta práctica, las cuales vienen clasificadas en base a diferentes criterios (por ejemplo, finalidad con la que actúa la gestante, condiciones de entrega del niño, origen de la dotación genética del niño, etc.).

<sup>6</sup> Véanse Vela Sánchez (2015: 29) y Farnós Amorós (2010: 4-5). Para una definición jurisprudencial, véase la establecida por la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 10ª), en su Sentencia de 23 de noviembre de 2011, FJ 1 (AC 2011/1561).

<sup>7</sup> Desde otro punto de vista, es criticada esta idea por destacar el presunto carácter negativo del convenio gestacional —«voluntad de privar» a alguien de algo—, y no su carácter positivo, «esto es, su índole de acuerdo entre las partes dirigido a traer un hijo al mundo y que este sea criado por los comitentes» (Vela Sánchez, 2017: 2).

<sup>8</sup> En la gestación por sustitución, esta máxima de derecho romano «deja de ser una realidad para pasar a convertirse en una forma más de determinar la maternidad» (García Alguacil, 2016: 2).

<sup>9</sup> Ciertamente, se observa cómo la mera voluntad viene jugando un papel esencial en la atribución de la filiación de las técnicas de reproducción humana asistida (arts. 7.3 y 8.1 y 2 de la LTRHA). Véanse García Alguacil (2016: 3) y Vaquero Pinto (2018: 229-230), donde esta última autora considera que, si bien la jurisprudencia admite, en ocasiones, la disociación entre el elemento biológico y jurídico, la gestación por sustitución va mucho más lejos al incluir la negación de la maternidad legal de la mujer que gesta al hijo.

<sup>10</sup> Como se ha puesto de relieve (Informe CBE, 2017: 2): «[...], en la adopción, no existe el acuerdo previo entre la mujer que gesta un niño y las personas que asumirán la paternidad que, sin embargo, es la causa de toda gestación subrogada». Se afirma que «el hijo no precede, como en la adopción, a la gestación por sustitución. Hijo que es, precisamente, fruto de dicha gestación» (Arechederra Aranzadi, 2018: 114). Así,

Subrayemos, brevemente, algunos aspectos que las diferencian. Pues, según señalan algunos autores, muchas de las herramientas garantistas que se han utilizado en la adopción podrían extrapolarse a la gestación por sustitución, a efectos de salvaguardar el interés superior del menor<sup>11</sup>.

La adopción, en nuestra legislación, «se constituirá por resolución judicial, que tendrá en cuenta siempre el interés del adoptando y la idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad» (art. 176.1 CC)<sup>12</sup>. El interés público preside esta institución velando por su protección, así como por la de dicho interés superior del menor<sup>13</sup>. Sin embargo, el ámbito propio de la gestación por sustitución es el contractual. Si bien en nuestro ordenamiento la resolución judicial que constituye la adopción va precedida de una propuesta de la Entidad Pública, la resolución judicial extranjera —por ejemplo, en la legislación californiana— va precedida de un contrato privado de gestación por sustitución. Cuando se trata de una gestación retribuida, lo habitual es que se produzca, desde antes del parto, la renuncia por parte de la mujer gestante a su filiación materna sobre el hijo que gesta. En general, dicha renuncia figura entre las condiciones estipuladas en el contrato<sup>14</sup>.

Por otra parte, no ha de confundirse esta renuncia con aquella que permitía a la madre biológica, por su sola voluntad, ocultar la maternidad, cuya inconstitucionalidad fue declarada por la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1999<sup>15</sup>. Infiriéndose de la misma su claro posicionamiento

---

mientras en la adopción se trata de salvaguardar el interés del niño, proporcionándole una familia, en la gestación por sustitución se está gestando un hijo para una persona o pareja que quiere formar una familia.

<sup>11</sup> Véase Durán Ayago (2012: 276).

<sup>12</sup> Cabe la posibilidad «de que el Juez no considere procedente la adopción, [supuesto en el que] la Entidad pública deberá determinar la medida protectora más adecuada para el menor: (art.176 bis 3 *in fine* CC).

<sup>13</sup> Así, según dispone el art. 176.2 CC: «Para iniciar el expediente de adopción será necesaria la propuesta previa de la Entidad Pública a favor del adoptante o adoptantes que dicha Entidad Pública haya declarado idóneos para el ejercicio de la patria potestad. La declaración de idoneidad deberá ser previa a la propuesta».

<sup>14</sup> En la gestación por sustitución, la renuncia por parte de la mujer gestante a su filiación materna forma parte del cumplimiento de la obligación contractual a la que se comprometió al aceptar el contrato, lo cual requiere el necesario auxilio judicial (Arecherra Aranzadi, 2018: 135).

<sup>15</sup> STS (Sala de lo civil) de 21 de septiembre de 1999 (RJ 1999/6944), donde la Sala estima (FJ 5), de conformidad con el Ministerio Fiscal, que el art. 47.1 de la Ley de Registro Civil de 8 de junio de 1957 (y sus concordantes), están derogados por inconstitucionalidad sobrevenida, en el particular que permite interpretaciones regla-

a favor del derecho de toda persona a conocer su origen biológico y en contra de la ocultación de la identidad de la madre. En efecto, tras la modificación de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (en adelante, LRC) por Ley 19/2015, de 13 de julio, se ha introducido en el art. 44.4. II LRC una previsión sobre acceso restringido a los datos sobre la maternidad cuando la madre renuncia a ejercer los derechos derivados de esta. Si bien ello no debe interpretarse como una renuncia a que se determine la maternidad (que no sería posible) sino como una renuncia a ejercer los derechos derivados de la maternidad ya determinada, pero a la que no se le dará publicidad.

Asimismo, hay que precisar, en el caso de la adopción, que deberán asentir a la misma los progenitores del adoptando (art. 177.2 CC). Señalándose, por lo que al asentimiento de la madre se refiere, que «no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido seis semanas desde el parto». Declaración de voluntad que tiene lugar —a diferencia de lo que pueda estipularse en un contrato de gestación por sustitución que establezca la renuncia con carácter previo al parto— después de que el bebé haya nacido.

En cuanto a la determinación de la filiación a favor de los comitentes y la extinción de la filiación materna de la mujer gestante, el contrato de gestación por sustitución requiere, por lo general, la fuerza de una resolución judicial que, según hemos señalado, se dicta para dar eficacia al contrato<sup>16</sup>. Dicha

---

mentarias que hagan depender de la voluntad de la madre la circunstancia registral de la maternidad. Pues ello supondría la vulneración del derecho fundamental del hijo a conocer su identidad biológica. Véase la reciente Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria (Sección 2ª), núm. 192/2019 de 1 abril (JUR 2019/141044), donde se confirma el derecho de una mujer que es hija adoptada a conocer la identidad de su madre y ordena al Instituto Cántabro de Servicios Sociales a que facilite los datos de que disponga acerca de sus orígenes biológicos. Como señala la sentencia, «el derecho a conocer la propia filiación biológica se erige como un derecho de la personalidad que no puede ser negado a la persona sin quebrantar el derecho a la identidad personal y cuyo fundamento hay que buscar en la dignidad de la persona y en el desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 de la Constitución)» (FJ 2). Derecho que ha sido reconocido en la ley mediante la adición de un apartado al art. 180 efectuado por Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional, y que posibilita que: «Las personas adoptadas, alcanzada la mayoría de edad o durante su minoría de edad representadas por sus padres, [tengan] derecho a conocer los datos sobre sus orígenes biológicos». Así, estima la sentencia que «la protección de la intimidad de la madre debe ceder frente al derecho del hijo a conocer su identidad y su origen biológico» (FJ 3).

<sup>16</sup> Es posible distinguir, así, dos momentos: «en el primero, los contratantes contratan y señalan la filiación respecto del hijo por nacer de un *modo mediato*; y posteriormente

resolución permite al médico redactar el certificado de nacimiento según lo estipulado en el contrato. Su cumplimiento exige que se extinga la relación de filiación entre la gestante y el hijo que nazca. Este es el contenido primordial del contrato, pero requiere para su cumplimiento el auxilio judicial en forma de una resolución judicial constitutiva<sup>17</sup>.

En definitiva, según lo estipulado en el contrato, los comitentes pasan a ostentar una filiación, que no es ni por naturaleza ni adoptiva, cuya titularidad queda garantizada por su inscripción en el Registro Civil. Ciertamente, nos hallamos ante un sistema en el que a la filiación natural y a la adoptiva se ha incorporado la filiación intencional, determinada por la voluntad de quienes desean ser progenitores<sup>18</sup>. Voluntad que permite asignar la condición de padre o madre a una persona, y que puede ser refrendada por el derecho, aun sin existir lazos genéticos, atribuyéndoles idénticos efectos jurídicos<sup>19</sup>.

Aclarada la especificidad de esta práctica y algunas de sus importantes diferencias con la adopción, veremos, para finalizar este apartado introductorio, algunas de las principales cuestiones que plantea el hecho de querer ubicar determinados derechos fundamentales en sede contractual.

Consideramos, a la luz de los valores y principios que vertebran nuestro sistema jurídico, que el cambio de criterio en el establecimiento de la maternidad no es la principal dificultad en esta materia. El verdadero escollo es cómo conciliar el objeto de este contrato en nuestro ordenamiento. Pues no parece hallar encaje en el mismo la pretensión de transformar en materia disponible la facultad personalísima de gestar una nueva vida humana, además de esta última.

---

*dando cumplimiento* al contrato y de *forma inmediata*, el juez determina la filiación y extingue la relación de filiación que media entre la mujer gestante y el hijo que ella dé a luz» (Arechederra Aranzadi, (2018: 134) (la cursiva es del autor).

<sup>17</sup> Según expresa Arechederra Aranzadi (2018: 135 y 161), la resolución judicial californiana es equiparable a la que pone fin en nuestro derecho a un procedimiento de jurisdicción voluntaria.

<sup>18</sup> Véanse Durán Ayago (2012: 274) y Toral Lara (2016: 322). Para esta última autora, tras la introducción de un tercer párrafo en el art. 7 LTRHA, se posibilita la determinación de una segunda maternidad en favor de la cónyuge de la usuaria de las TRA. A tenor de lo cual se observa una ruptura con el principio de veracidad biológica y un nuevo título de determinación de la filiación basado en el mero elemento volitivo.

<sup>19</sup> «En definitiva, y partiendo de la gran trascendencia del elemento volitivo como determinante de la filiación jurídica [...], la finalidad esencial de una regulación razonable del convenio de gestación por sustitución sería el favorecimiento de la paternidad o maternidad biológica, con lo que se afrontaría [...], el grave problema de la infertilidad o esterilidad humana» (Vela Sánchez, 2019: 4-5).



A la hora de dilucidar esta cuestión hemos considerado importante destacar los principales argumentos que delimitan los términos del debate en esta materia. Los partidarios de admitir la regulación de la gestación por sustitución apelan al derecho fundamental a la procreación. Pero ¿el deseo de paternidad/maternidad puede elevarse a la categoría de derecho? Por otra parte, se defiende la gratuidad del negocio para evitar la instrumentalización y patrimonialización de materias que se hallan excluidas del libre ámbito de la autonomía de la voluntad. Se propugna, de hecho, el respeto a la capacidad de autodeterminación de la mujer gestante. Se aduce que su dignidad y libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) demanda un trato jurídico de sujeto y no de objeto. Y que, por tanto, siendo naturalmente capaz de autogobernar su esfera personal, la inviolabilidad de su integridad física y moral (art. 15 CE) quedará intacta cuando el proceso cuente con su consentimiento libre, voluntario y precedido de la información adecuada. Todo ello verificado por la autoridad judicial, dados los intereses en conflicto. Pero ¿cómo articular los posibles límites a la libre revocación del consentimiento de la gestante sin atentar contra su autonomía decisoria y desarrollo de la personalidad a efectos de mantener la virtualidad del contrato? Por último, se observa que el argumento de protección del interés superior del menor adquiere relevancia para propugnar la regulación de esta práctica en nuestro ordenamiento jurídico. Veremos, en este sentido, que cuando están en juego derechos fundamentales del menor, como el derecho a conocer su origen biológico —expresión del derecho a la identidad y conectado con la dignidad (art. 10.1 CE) y con los derechos a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE)—, la respuesta a posibles conflictos que le afecten será aquella que, dada la preferencia valorativa del principio del interés superior del menor, mejor se adecúe al respeto y protección requerido por este.

Asimismo, este principio básico es al que se apela a la hora de abordar el asunto controvertido relativo al reconocimiento de decisiones extranjeras para determinar la filiación. Examinaremos, en este sentido, la problemática que se plantea en España con ocasión de la inscripción en el Registro Civil español de los nacidos en el extranjero cuando se recurre a esta práctica en aquellos países donde está admitida. Problemática en la que se hallan involucrados, con líneas de argumentación dispares, nuestros jueces y tribunales, de un lado, y la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante, DGRN), de otro. Y en la que también ha intervenido una autoridad supranacional, como es el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En nuestro ordenamiento, la vida familiar que hubiese que salvaguardar en el caso concreto, se protegería mediante las vías previstas en el mismo —cuestión que habrá que ver si es mejorable, pues son cauces que carecen de la rapidez propia del reconocimiento de resoluciones extranjeras—, admitiendo

la determinación de la paternidad del progenitor que hubiese aportado sus gametos, y si no fuera el caso, favoreciendo la adopción de los menores por los comitentes si reuniesen los requisitos necesarios. El elemento esencial de juicio en este tema, como decimos, es el interés superior del menor. El art. 39 CE establece la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, y en especial de los menores de edad, de conformidad con los acuerdos internacionales que velan por sus derechos<sup>20</sup>. Asimismo, hay que tener presente la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LOPJM). Ley que parte, entre sus presupuestos, de la generalización del interés superior del menor como principio inspirador de todas las actuaciones relacionadas con él. Dicho interés, por consiguiente, ha de ser valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que conciernan al menor y primar sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> Entre estos acuerdos e instrumentos internacionales destacan la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, ratificada el 30 de noviembre de 1990, y sus Protocolos facultativos. Además, resulta reseñable el convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, de 28 de mayo de 2010, ratificado el 6 de septiembre de 2010. Por otra parte, deben destacarse también el Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños, realizado en Estrasburgo el 25 de enero de 1996, ratificado el 11 de noviembre de 2014.

<sup>21</sup> Véase, en este sentido, lo dispuesto en el art. 2.1 LOPJM. Tras la reforma operada en la LOPJM, por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, el art. 2 recoge un extenso precepto en el que se contempla dicho derecho del menor a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. Dicha LO 8/2015, que incorporó la jurisprudencia del TS y las Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño, asignó al concepto de interés superior un contenido triple. «Por una parte, es un derecho sustantivo en el sentido de que el menor tiene derecho a que, cuando se adopte una medida que le concierna, sus mejores intereses hayan sido evaluados y, en el caso de que haya otros intereses en presencia, se hayan ponderado a la hora de llegar a una solución. Por otra, es un principio general de carácter interpretativo, de manera que si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor. Pero, además, en último lugar, este principio es una norma de procedimiento. En estas tres dimensiones, el interés superior del menor tiene una misma finalidad: asegurar el respeto completo y efectivo de todos los derechos del menor, así como su desarrollo

La cuestión es cómo despejar los interrogantes que se plantean en la práctica a la hora de aplicar este principio básico de nuestro ordenamiento jurídico. Se puede hacer según los dictados del principio de legalidad con las soluciones escritas en la ley o, como dicen algunos, acreditándose por el aplicador del derecho que la solución legal encaja perfectamente con los principios fundamentales del sistema y, en el sector de la filiación, con el principio del interés del menor<sup>22</sup>.

En suma, a partir de lo expuesto, veremos cuál es el estado de la cuestión en nuestro ordenamiento jurídico, con el fin de examinar —tras un breve análisis sobre las posturas sustentadas por las citadas autoridades— cuáles son los términos del debate sobre la práctica en sí y sobre los problemas del reconocimiento de la filiación generada a partir de la misma, a efectos, finalmente, de hacer una valoración ponderada sobre los distintos argumentos destacados a efectos de examinar si admitir o no una regulación de la gestación por sustitución.

## II. UN BREVE APUNTE SOBRE EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

### 1. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN LA LTRHA

El contrato celebrado en nuestro país acordando esta práctica es nulo de pleno derecho<sup>23</sup>. Según lo dispuesto en el art. 10 LTRHA:

---

integral». Véase también la Observación General núm. 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Derechos del Niño.

<sup>22</sup> Como manifiestan Calvo Caravaca y Carrascosa González (2015: 108): «Solo en el caso de que, tras la necesaria monitorización valorativa de la solución legal quede acreditado que esta sintoniza perfectamente con el principio fundamental, dicha solución legal podrá aplicarse. Por el contrario, si la solución legal se aparta del principio fundamental que le sirve de base, si traiciona dicho principio, entonces el aplicador del Derecho está obligado a apartarse de la solución legal y a proporcionar otra solución que se muestre en perfecto ensamblaje con dicho principio fundamental».

<sup>23</sup> Esto lleva a algunos autores a considerar que la gestación por sustitución no se encuentra prohibida en nuestro ordenamiento, mientras que otros consideran que, efectivamente, es una práctica prohibida. Así, para los primeros, hay quien entiende que la norma no es prohibitiva, «sino que se limita a no reconocer efectos en España a un determinado contrato» (Farnós Amorós, 2015: 36). Asimismo, algunos autores consideran que establecer la nulidad del contrato no equivale a su prohibición. Véanse, por ejemplo, Atienza (2009: 52-56); Romeo Casabona (Informe CBE, 2017: 88); Sánchez Hernán-

1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. 3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales<sup>24</sup>.

Por consiguiente, la realización de este tipo de contratos se encuentra expresamente prohibida por una norma de carácter imperativo, con la

---

dez (2018: 4); Álvarez González (2013: 436-437); Heredia Cervantes (2013: 710); Delgado Echeverría (2005: 55). Sin embargo, como hemos señalado, otros autores hablan expresamente de prohibición, véanse, por ejemplo, Calvo Caravaca y Carrascosa González (2015: 47), Arechederra Aranzadi (2018: 20). Si bien, como argumentos a favor de la prohibición de esta práctica cabe añadir las sanciones administrativas y, en su caso, penales que puedan establecerse por realizar esta práctica. Así, el contrato de gestación por sustitución podría considerarse, a tenor de lo dispuesto en la LTRHA, como una infracción leve por «[...] la transgresión de cualquier prohibición establecida en esta Ley, siempre que no se encuentre expresamente tipificada como infracción grave o muy grave» (art. 26.2 a); o, en su caso, como infracción muy grave al tratarse —según lo dispuesto en el art. 26.2. c) 2.ª LTRHA—, de una «práctica no incluida en el anexo ni autorizada como técnica experimental en los términos previstos en el artículo 2». Algunos autores consideran que, en el ámbito penal, podría imponerse a quienes participan en esta práctica lo dispuesto en los arts. 220 y 221 del Código Penal, que regulan los supuestos de suposición de parto y alteración de la paternidad, estado o condición del menor. Así, únicamente cuando los sujetos intervinientes en el contrato de gestación por sustitución realizan las conductas prohibidas por estos artículos se aplica la sanción jurídico-penal. Véanse Vidal Martínez (1998: 166-190); Benítez Ortuzar (1998: 174 y ss.); Urruela Mora (117-119), para este último autor, si bien la gestación por sustitución no constituye una práctica formalmente prohibida por sí misma, debemos partir de su nulidad de pleno derecho (art. 10.1 LTRHA), lo cual ostentará importantes consecuencias legales «(jurídico-civiles fundamentalmente en materia de filiación que, en función de eventuales conductas posteriores de naturaleza fraudulenta por parte de los distintos intervinientes, básicamente si las mismas pretenden alterar o modificar la filiación, podrán dar lugar incluso a responsabilidad penal)».

<sup>24</sup> El art. 16.7 del Código Civil francés contiene una disposición semejante, añadiendo el art. 16.9 que las normas relativas a la protección del cuerpo humano son de orden público. La Audiencia Provincial de Barcelona, en su Auto de 16 de octubre de 2018 (JUR 2018/290468), afirma que: «La gestación subrogada no se encuentra regulada en nuestro ordenamiento jurídico, y la ausencia de una legislación específica no permite la integración de la laguna legal al existir una norma que la prohíbe de forma expresa» (FJ 3).

consiguiente sanción de nulidad de pleno derecho a su infracción (art. 6.3 CC)<sup>25</sup>. La filiación está determinada por el parto, previéndose, como consecuencia de la invalidez del contrato: la atribución de la filiación a la mujer gestante (art. 10.2 LTRHA)<sup>26</sup>, y la posibilidad de que el padre biológico reclame su filiación (art. 10.3 LTRHA)<sup>27</sup>. Así, partiendo de dicha nulidad, cabe hacer las siguientes apreciaciones. Primeramente, que la finalidad perseguida por las partes —esto es, la atribución de la paternidad y/o maternidad del nacido a los comitentes— no puede resultar del contrato de gestación por sustitución, dado que la autonomía de la voluntad no tiene reconocido este alcance en nuestro ordenamiento jurídico. Por otra parte, con independencia de la nulidad de pleno derecho del contrato, cabe, no obstante, otorgar en nuestro derecho algún efecto jurídico al hecho de que se haya producido como resultado el nacimiento de un bebé. En este sentido, el legislador español optó por responder afirmativamente a la cuestión relativa a si procedería o no el ejercicio en España de acciones de filiación para la determinación de la paternidad en estos casos conforme a las reglas generales.

La nulidad del contrato de gestación por sustitución supone que los derechos y obligaciones acordados por las partes no producen efecto alguno. Así, en el caso de que se celebre este tipo contractual, las consecuencias seguirían siendo que la madre es la gestante y no la establecida en el contrato. Y quedaría abierta la posibilidad de reclamación de la paternidad por parte del padre biológico y, en su caso, comitente, si aportó su material genético. Al cónyuge o pareja del comitente, reconocida la paternidad de este, le queda la opción de la adopción, siempre y cuando la madre gestante la asienta, como hemos señalado, transcurridas seis semanas desde el parto. Así pues, se convertiría en la madre adoptiva y legal, incluso en el supuesto de ser ella quien aportó el material genético<sup>28</sup>. Cuando

---

<sup>25</sup> Véase Vela Sánchez (2015: 166-167).

<sup>26</sup> Así, si pese a la prohibición, se lleva a efecto (en cualquiera de las modalidades señaladas), se ignora a la madre biológica, en su caso, y se atribuye directamente la maternidad a la madre gestante. Véase Lasarte Álvarez (2012: 16).

<sup>27</sup> El art. 10.3 LTRHA permite la determinación judicial de la paternidad que coincida con la verdad biológica, conforme a las reglas generales. En opinión de algunos autores, la posibilidad de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico significa que el contrato de gestación por encargo no es totalmente ineficaz. Véase, en este sentido, Pereña Vicente (2012: 142).

<sup>28</sup> Se halla abierta la opción de que el padre biológico ejercite la acción de reclamación de la paternidad y que posteriormente, previo consentimiento de la madre gestante, el hijo fuera adoptado por la pareja de aquel, sin necesidad de que medie la declaración de idoneidad ya mencionada anteriormente y prevista en el art. 176 CC. Véase De Verda y Beamonte (2016: 352).

no existiera vínculo biológico entre el menor concebido mediante gestación por sustitución y el padre comitente cabría plantearse la posibilidad del acogimiento o procedimiento de adopción. En este sentido, podemos observar que nuestro ordenamiento articula mecanismos que, si bien no permiten inscribir en el Registro Civil la filiación de un bebé nacido mediante este tipo de contrato a favor de la parte comitente, ello se solventa, en su caso, mediante la filiación adoptiva.

Asimismo, desde un punto de vista jurídico, se ha defendido la nulidad de este tipo de contratos en base a la ilicitud del objeto (art. 1271. I CC)<sup>29</sup>, y a la contravención de los límites de la autonomía de la voluntad, tales como la moral y el orden público (art. 1255 CC)<sup>30</sup>. También de la ilicitud de la causa (art. 1275 CC), determinante de la exclusión de cualquier pretensión de restitución de lo pagado si la transacción es onerosa (art. 1306 CC)<sup>31</sup>. Así, por ser nulo el contrato de gestación por sustitución, no se derivarán obligaciones, tales como la de entregar el nacido por parte de la mujer gestante tras el parto, o la de indemnizar a la otra parte, comitentes, en caso de incumplimiento del contrato, aunque se le hubieran entregado ciertas cantidades por razón de la gestación<sup>32</sup>.

<sup>29</sup> En general, se afirma que este contrato recae sobre una *res extracomercium* (estado civil y bienes de la personalidad). Ahora bien, también se señala que, aunque «suele afirmarse que lo contratado es la capacidad reproductiva de la mujer y no el niño que nacerá, [...] el bebé es (indudablemente) objeto del contrato y lo que debe decidirse es si una transacción de esa naturaleza puede conciliarse en nuestro ordenamiento con los derechos fundamentales implicados» (Vaquero Pinto, 2018: 256-257). Véanse, en este sentido, Fernández-Sancho Tahoces (2011: 2); De Verda y Beamonte (2016: 351). Hay que señalar también la limitación que expresamente viene recogida en el art. 21 del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), realizado en Oviedo el 4 de abril de 1997. A tenor del citado precepto: «El cuerpo humano y sus partes, como tales, no deberán ser objeto de lucro».

<sup>30</sup> Véase Fernández-Sancho Tahoces (2011: 2).

<sup>31</sup> Véase De Verda y Beamonte (2016: 351).

<sup>32</sup> Véase, no obstante, Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 4ª), Sentencia 10/2019, de 15 de enero (JUR 2019\25547), donde el tribunal resuelve sobre una demanda en la que dos parejas de hombres españoles —que habían celebrado sendos contratos de gestación por sustitución en México— demandan a la empresa española que les había garantizado el nacimiento de, al menos, un niño mediante esta práctica, por incumplimiento y resolución del contrato, al no producirse nacimiento alguno. La Audiencia examina dichas pretensiones sin entrar a valorar la posible nulidad de los contratos de gestación, ni de los de mediación celebrados con el mismo fin, habiendo sido aportados en la demanda. Lo cual resulta llamativo, pues, planteado el asunto por los demandantes como una cuestión de simple incumplimiento contractual, en esos

Y, asimismo, podría reclamar al hijo en caso de haberlo entregado ya a los comitentes<sup>33</sup>.

## 2. LA SITUACIÓN JURÍDICA DE LOS ESPAÑOLES QUE CONTRATAN ESTA PRÁCTICA ALLÍ DONDE ES ADMITIDA

La situación actual en nuestro país plantea la problemática referida al eventual acceso al Registro Civil español de los nacidos en el extranjero por medio de esta práctica, manteniéndose dos posturas distintas protagonizadas, de un lado, por la DGRN y, de otro lado, por el Tribunal Supremo (en adelante, TS). El hecho que desencadenó estas dos posturas encontradas se basa en el caso de un matrimonio de varones españoles que solicitaron, ante el encargado del Registro Civil consular de España en Los Ángeles (California), la inscripción del nacimiento de sus hijos nacidos en San Diego por gestación de sustitución como hijos matrimoniales. Para ello, presentaron la certificación de nacimiento de los menores, emitida por el Registro de San Diego.

El encargado del Registro Civil consular deniega la inscripción de los bebés como hijos de esta pareja, con invocación de la LTRHA, cuyo

---

estrictos términos es resuelto por el tribunal. Como señala Gálvez Criado (2019: 15 y 19), el tribunal debió haber declarado de oficio tanto la nulidad de los contratos de gestación como de los contratos de asesoramiento, con los efectos restitutorios entre las partes (art. 1303 CC). Todo ello como una forma de reafirmar la eficacia sancionadora del art. 10 LTRHA, en relación con el art. 6.3 CC. Dado el precedente que sienta esta sentencia, el autor se pregunta por la suerte de futuras reclamaciones en pleitos similares... ¿debería seguirse el mismo criterio que ha sentado el tribunal en esta sentencia, dirimiéndose el conflicto jurídico en términos de incumplimiento contractual como si todo ello fuese válido en España? Véase, también, Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 4ª), Sentencia 38/2019, de 15 de febrero (JUR 2019\185867). La sentencia califica el contrato, (concertado entre la parte actora, consumidora, y un profesional) de asesoramiento legal, sin obligar a un resultado. Así, por lo atinente al procedimiento en Ucrania, la sentencia no aprecia incumplimiento de las obligaciones asumidas por la entidad demandada (Subrogalia S.L.), a la que condena a devolver los honorarios según la cláusula de garantía ofertada del buen fin, «[...] no llegando a buen fin el contrato, ha de mantenerse la condena de devolver los honorarios en aplicación de la cláusula “garantía de éxito”». En relación al procedimiento en Grecia, resulta justificada la resolución contractual efectuada por la parte actora, pues teniendo conocimiento la parte demandada de todas las circunstancias que podían incidir en el proceso asumió su buen fin frente a la parte actora, todo lo cual debió llevarse a cabo en un plazo razonable (art. 1258 CC).

<sup>33</sup> Véanse Vela Sánchez (2015: 168); Díaz Romero (2010: 2).

art. 10.1 establece una «categórica prohibición» de esta práctica. Así, rechazada la inscripción e interpuesto recurso contra el auto denegatorio, la resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009 lo estimó y ordenó la inscripción, en el Registro Civil consular, del nacimiento de los menores que constaba en la certificación registral extranjera presentada, con las menciones de doble filiación paterna<sup>34</sup>.

Posteriormente, la Fiscalía de Valencia recurrió la inscripción realizada mediante la referida resolución de la DGRN. Recurso que fue admitido a trámite por el Juzgado de Primera Instancia de Valencia, que, en resolución de 15 de septiembre de 2010<sup>35</sup>, dejó sin efecto la inscripción del nacimiento. La Audiencia Provincial de Valencia, en sentencia de 23 de noviembre de 2011<sup>36</sup>, desestimó el recurso de apelación y el TS declara, en sentencia de 6 de febrero de 2014<sup>37</sup>, no haber lugar al recurso de casación interpuesto frente a esta resolución (si bien, con un voto particular discrepante). Las decisiones del TEDH generaron la apertura de un incidente de nulidad promovido contra la citada sentencia, el cual fue desestimado mediante Auto del TS de 2 de febrero de 2015<sup>38</sup>.

Este auto valora la eventual incidencia que tuvo en su decisión la jurisprudencia del TEDH, que se había pronunciado recientemente en un asunto parecido, en relación con dos parejas francesas heterosexuales (*Labasse y Mennesson*) que contrataron en Estados Unidos gestaciones por sustitución. El auto realiza la comparación de los casos franceses y español. Confirma que el TEDH no establece que, *a priori* y en todo caso, cualquier decisión que afecte a la filiación de los menores suponga una violación de su derecho a la vida privada —reconocido en el art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos y las Libertades Fundamentales (en adelante, CEDH)—. Asimismo, subraya la afirmación del TEDH de que el juez nacional, al aplicar la excepción del orden público internacional, debe procurar un equilibrio justo entre el interés de la comunidad y el interés superior del menor. A tal efecto, el Tribunal de Estrasburgo considera que, al impedir el ordenamiento

---

<sup>34</sup> Dirección General de los Registros y del Notariado, Resolución de 18 de febrero 2009 (RJ 2009/1735).

<sup>35</sup> Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Valencia, Sentencia 193/2010 de 15 septiembre (AC 2010/1707).

<sup>36</sup> Audiencia Provincial de Valencia (Sección 10ª), Sentencia 826/2011 de 23 noviembre (AC 2011/1561).

<sup>37</sup> Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), Sentencia 835/2013 de 6 de febrero (RJ 2014/833).

<sup>38</sup> Auto del Tribunal Supremo Sala de lo Civil (Sección Pleno) de 2 de febrero de 2015 (JUR 2015/47648).



jurídico francés el establecimiento de la filiación por cualquier vía, existe un desequilibrio injustificado entre los fines legítimos buscados por el Estado y el respeto a la identidad de los menores. En cambio, en el caso español es posible el establecimiento de la filiación por otros medios<sup>39</sup>.

### **2.1. La postura adoptada por la Dirección General de los Registros y del Notariado**

Ante la aparición de nuevos casos, la DGRN emite la Instrucción de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución<sup>40</sup>, en la que se fija una serie de criterios que permiten establecer las condiciones de acceso al Registro Civil español de los nacidos en el extranjero por medio de esta práctica. El objetivo principal de esta instrucción es proteger tanto el interés superior del menor como otros intereses presentes en estos supuestos. Todo lo cual supone abordar los siguientes aspectos importantes: establecer los instrumentos necesarios para que la filiación tenga acceso al Registro Civil español cuando uno de los progenitores sea de nacionalidad española; evitar el tráfico internacional de menores; proteger el derecho del menor a conocer su origen biológico; así como garantizar que las mujeres que deciden aceptar esta práctica, renunciando a sus derechos como madres, prestan libre y voluntariamente su consentimiento, una vez recibida la información necesaria.

Para la salvaguarda de estos intereses, se exige como requisito previo a la inscripción la presentación ante el encargado del Registro Civil de una resolución judicial dictada por el tribunal competente del país de origen que establezca la filiación del menor<sup>41</sup>. Si la resolución extranjera fue dictada

---

<sup>39</sup> El voto particular al auto del TS entiende que no se ha realizado «una adecuada ponderación de los bienes jurídicos en conflicto que tome en consideración primordial no solo el interés superior de los menores, que fundamenta en lo sustancial las resoluciones del TEDH, sino la incertidumbre jurídica que la situación genera y seguirá generando en tanto no se dé respuesta a su solicitud de inscripción, [...], con el grave efecto de retrasar una filiación que [...], de una forma o de otra, lo está [nuestro ordenamiento jurídico] admitiendo a través de vías verdaderamente singulares como son las circulares o las instrucciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado que han terminado por convertir la excepción de orden público en una cuestión meramente formal».

<sup>40</sup> Dirección General de los Registros y del Notariado, Instrucción de 5 de octubre 2010 (RCL 2010/2624).

<sup>41</sup> Según lo dispuesto en dicha instrucción: «La exigencia de resolución judicial en el país de origen tiene la finalidad de controlar el cumplimiento de los requisitos de

en el marco de un procedimiento jurisdiccional de naturaleza contenciosa, denegará la inscripción, salvo que vaya acompañada de reconocimiento en España mediante exequátur<sup>42</sup>. Por el contrario, si la resolución judicial extranjera tuviera su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, el encargado del Registro controlará incidentalmente, como requisito previo a su inscripción, si tal resolución puede ser reconocida en España. Constatándose, para ello, que se cumplen con determinados requisitos<sup>43</sup>. Por último, solicitada la inscripción del nacido en el extranjero sin que se presente una resolución que determine la filiación, el solicitante puede intentar dicha inscripción si fuese hijo biológico por los medios ordinarios regulados en el art. 10.3 LTRHA<sup>44</sup>.

Resulta patente el protagonismo que cobra la DGRN —si bien, con el propósito loable de defender el interés superior de los menores en cada caso concreto, garantizando, para ello, la continuidad de la filiación y, por ende, el

---

perfección y contenido del contrato respecto del marco legal del país donde se ha formalizado, así como la protección de los intereses del menor y de la madre gestante». La DGRN constata que mediante la presentación de una mera certificación registral no resulta posible controlar todos los requisitos que deben cumplirse a tenor del art. 23 de la Ley de 8 de junio de 1957 sobre el Registro Civil y los arts. 81 y 85 del Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil. Sobre este aspecto se afirma (Barber Cárcamo, 2013: 2927-2928) que la DGRN «ha optado por alterar el título causante de la inscripción, sustituyendo la certificación registral por la resolución judicial de que trae causa. Así, ha adelantado la aplicación de un precepto aún no vigente (art. 98.2 de la Ley 20/2011) y ha eludido su propia doctrina sobre el control conflictual recogido en el artículo 23 LRC [LRC/1957]». Todo lo cual supone contrariar la jurisprudencia del TS, creando *ex novo* unas condiciones específicas para la gestación por sustitución, hurtando así la necesaria argumentación de su adecuación con el orden público español.

<sup>42</sup> Como regla general, salvo que resultare aplicable un convenio internacional, la resolución judicial extranjera deberá ser objeto de exequátur, regulado en los arts. 52 a 55 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil. Según lo dispuesto en el art. 46.1 a) de esta Ley, no se reconocerán las resoluciones judiciales extranjeras firmes cuando sean contrarias al orden público.

<sup>43</sup> Los requisitos que deberán constar en dicho control incidental quedan expuestos en la propia instrucción.

<sup>44</sup> Así se advierte, finalmente, en la propia instrucción que: «En ningún caso se admitirá como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación del nacido, una certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en que no conste la identidad de la madre». Veremos, más adelante, que la Instrucción de 18 de febrero de 2019 (RCL 2019/268) sigue lo dispuesto en esta Instrucción.

derecho a la identidad y a la vida privada y familiar— eludiendo la doctrina del TS. La cual, por su parte, se manifiesta contraria a la inscripción de las filiaciones derivadas de gestación por sustitución, sin perjuicio de proveer, también en aras de proteger dicho interés del menor, los medios necesarios para la inscripción de los nacidos en virtud de esta práctica<sup>45</sup>.

## 2.2. *La posición sustentada por el Tribunal Supremo*

Como hemos señalado, la Sala de lo Civil del TS sentó su doctrina en la sentencia de 6 de febrero de 2014, considerando que la gestación por sustitución en nuestro país es una práctica contraria a la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), en este caso de la mujer gestante y el nacido, pues se mercantiliza la gestación y la filiación, se les cosifica a ambos, además de favorecerse, en muchos casos, la explotación del estado de necesidad de mujeres que se hallan en situación de pobreza. Así, se afirma que esta práctica solo puede desplazar los efectos contemplados en el art. 10 LTRHA.

Por otra parte, no se considera que denegar la inscripción en el Registro Civil español de la filiación por naturaleza de los sujetos nacidos en California a favor de dos varones resulte discriminatorio. En el caso analizado, el TS argumenta que no existe discriminación por razón de sexo porque la misma solución se plantea en los casos en que recurren a la gestación por sustitución matrimonios o parejas heterosexuales u homosexuales formados por mujeres, o una persona sola, hombre o mujer.

En cuanto al interés superior del menor, son varios los argumentos del TS que invitan a reflexionar cómo debe interpretarse su consideración primordial cuando entran en juego otros valores inspiradores de la legislación nacional y de las convenciones internacionales. Así, no puede servir para contrariar lo expresamente previsto en la ley. Se considera que ha de ponderarse con otros bienes jurídicos concurrentes, tales como el respeto a la dignidad e integridad moral de la gestante, evitar la explotación del estado de necesidad de mujeres jóvenes en situación de pobreza, o impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación. Por lo que, finalmente, el TS entiende que dicho interés superior de los menores ha de partir, a tenor del caso, de la ruptura de todo vínculo de estos con la mujer que les dio a luz, la existencia actual de un

---

<sup>45</sup> Como afirma Salas Carceller (2017: 2), la DGRN es un organismo administrativo que carece de facultades normativas. No tiene la potestad para dejar sin contenido la nulidad en España del contrato de gestación por sustitución y tampoco para actuar en contra de la doctrina del TS.

núcleo familiar formado por los menores y los recurrentes, y la paternidad biológica de alguno de ellos respecto de tales menores.

Por lo que se refiere al derecho a una identidad única, el TS entiende que no hay vulneración, pues en este caso los menores no tienen vinculación efectiva con Estados Unidos. Tampoco, según el Alto Tribunal, se entiende vulnerado el derecho al respeto de la vida privada y familiar (art. 8 CEHD). La razón estriba en que concurren los dos requisitos que justifican, según TEDH, la injerencia del Estado. Pues, de un lado, está prevista en la ley que exige el respeto al orden público internacional y, de otro, es necesaria en una sociedad democrática, puesto que protege el propio interés del menor y otros bienes jurídicos de trascendencia constitucional.

Finalmente, sobre la cuestión relativa a la posible desprotección en que se dejaría a los menores, se sostiene —siguiendo la interpretación del TEDH del artículo 8 CEDH— que allí donde esté establecida la existencia de una relación de familia con un niño, el Estado debe actuar para permitir que este vínculo se desarrolle y otorgar protección jurídica que haga posible la integración del niño en su familia. Esto ha de lograrse mediante figuras previstas en nuestro ordenamiento, tales como el acogimiento familiar o la adopción, que permiten la formalización jurídica de la integración real de los menores en dicho núcleo familiar, sin olvidar la reclamación judicial de la paternidad respecto del padre biológico. Asimismo, se precisa que la denegación de reconocimiento de la certificación registral de California afecta exclusivamente a la filiación y no al resto de su contenido, a fin de cumplir con lo previsto en el art. 7.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, CDN), que impone la inscripción inmediata del nacimiento y el derecho desde que el niño nace a un nombre y a adquirir una nacionalidad.

En el voto particular formulado a esta STS de 6 de febrero de 2014, se considera, en cambio, que la cuestión a dilucidar se basa en si una decisión extranjera válida y legal conforme a su normativa contraría o no el orden público. Entendido este desde la consideración que merezca la tutela del interés superior del menor, y no desde la perspectiva de la contrariedad con la normativa interna. Así, se estima que dicho interés del menor (superior y de orden público) queda afectado gravemente, pues a los menores se les coloca en un limbo jurídico incierto en cuanto a la resolución del conflicto y a la respuesta que deba darse en un supuesto en el que están implicados unos niños que siguen creciendo y creando vínculos afectivos y familiares irreversibles. Se afirma que este interés se protege antes y después de la gestación. Se hizo por los tribunales americanos en el primer caso. Se ha negado en el segundo. Se concluye que, ante un hecho consumado —como es la existencia de unos menores en una familia que actúa socialmente como tal y que ha

actuado legalmente conforme a la normativa extranjera—, aplicar la normativa interna como cuestión de orden público perjudica a los niños, que podrían verse abocados a situaciones de desamparo, y se les priva de su identidad y de su núcleo familiar, contrariando la normativa internacional que exige atender al interés superior del menor.

La apelación a este principio básico ha servido al TS para mantener una postura favorable a reconocer el derecho a la prestación por maternidad<sup>46</sup>. A efectos de dar prioridad al interés superior del menor, se defiende, entre otras razones, la necesidad de distinguir entre la nulidad del contrato de gestación por sustitución y la situación de los menores, que no puede verse perjudicada por tal nulidad. Esta no supone que al menor que nace en esas circunstancias se le priven de determinados derechos. Si los menores forman un núcleo familiar con los padres comitentes —que le prestan atención y cuidados parentales y tienen relaciones familiares «de facto»—, debe protegerse este vínculo, siendo un medio idóneo para ello la concesión de la prestación por maternidad<sup>47</sup>. Así, se afirma que el hecho de que una ley civil prescriba la nulidad del contrato no elimina la situación de necesidad surgida por el nacimiento del menor y su inserción en determinado núcleo familiar<sup>48</sup>.

---

<sup>46</sup> Véanse las SSTS (Sala de lo Social) de 25 de octubre de 2016 (RJ 2016/6167) y de 16 de noviembre de 2016 (RJ 2016/6152), las cuales han sentado doctrina sobre esta problemática. Posición jurisprudencial que ha sido reiterada en resoluciones posteriores, SSTS de 30 de noviembre de 2016 (RJ 2016/6514) y de 30 de noviembre 2016 (RJ 2016/6516). Aplican esta doctrina las SSTS de 22 noviembre 2017 (RJ 2017/5401); 29 de noviembre 2017 (RJ 2017/6111); 30 de noviembre 2017 (RJ 2017, 5969); 14 de diciembre 2017 (RJ 2017/6015); 13 de marzo 2018 (RJ 2018/1518) y 22 de marzo 2018 (RJ 2018/1414).

<sup>47</sup> Véase STS (Sala de lo Social) de 14 de diciembre de 2017, FJ 2 (RJ 2017/5889). Para algunos autores (Aragón Gómez, 2017: 19), la nulidad del contrato de gestación por sustitución niega la posibilidad de desplegar efectos jurídicos. En su opinión, esa ineficacia alcanzaría igualmente al ámbito prestacional.

<sup>48</sup> Para varios autores, esta postura favorable a la concesión de la prestación se halla fundada en dicha situación de necesidad vinculada a la atención de los menores. Desde esta perspectiva se afirma que el fraude de ley debería limitarse al efecto burlado, referido a la filiación (Vaquero Pinto, 2018: 250). El principio de igualdad es otro de los principales argumentos que se defienden para sustentar este posicionamiento. Se trae a colación los arts. 14 y 39.2 CE. Este último impone a los poderes públicos la obligación de asegurar la protección integral de los hijos, «iguales estos ante la ley con independencia de su filiación». Un principio que podría verse vulnerado si se dispensara un diferente tratamiento a los hijos biológicos o adoptivos, frente a los hijos gestados por subrogación (STS 14 de diciembre de 2017, FJ 2, RJ 2017/5889).

### 2.3. Breve referencia a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: de los casos *Menesson* y *Labassee* al de *Paradiso* y *Campanelli*

#### 2.3.1. Los casos *Menesson* y *Labasse* contra Francia

La reciente jurisprudencia del TEDH ha tenido una influencia decisiva en el tratamiento jurídico sobre esta materia. Es cierto que el Tribunal de Estrasburgo no se ha pronunciado sobre la legitimidad de estos contratos. Resuelve en cada caso en atención a las circunstancias concretas conforme a los dictados de los principios generales del derecho, tales como la proporcionalidad de las medidas adoptadas por los Estados en cada uno de los supuestos que se le someten a juicio<sup>49</sup>. Sus pronunciamientos atienden a la cuestión referida al reconocimiento de las relaciones de filiación surgidas a partir de esta práctica llevada a cabo en países donde está permitida. Así, son varias las resoluciones del TEDH que han tratado este asunto, donde, en líneas generales, se considera que, si ha habido aportación genética por parte de uno de los comitentes, es preciso garantizar que la filiación pueda acreditarse a su favor y poder, de este modo, garantizar el derecho que tiene el menor a su identidad filial<sup>50</sup>.

Entre las principales claves jurídicas de las resoluciones del TEDH se halla el respeto a la vida privada y familiar (art. 8 CEDH). Resulta esencial proteger el interés superior del menor y, por consiguiente, la necesidad de reconocer y mantener unos vínculos familiares generados a partir del contrato de gestación por sustitución.

---

Asimismo, el TS ha considerado, en esta misma sentencia, que la posición de los progenitores en los casos de maternidad subrogada es similar a la que, también como progenitores, ocupan aquellos que se hallan en supuestos de adopción o acogimiento. Similitud que justificaría la aplicación de la analogía y, por tanto, el reconocimiento de la prestación por maternidad a los padres comitentes. «En todo caso, pugna con la lógica más primaria que se deniegue la prestación en los supuestos de gestación por sustitución cuando se reconocería *ex lege* si el solicitante se hubiera limitado a adoptar o a acoger a un menor, o a manifestar que lo ha engendrado junto con la madre» (FJ 2). Véanse los votos discrepantes dentro de la Sala 4.ª en la STS de 25 de octubre de 2016 (RJ/6167), que evidencian la complejidad de esta materia.

<sup>49</sup> Véase Balaguer (2017: 91).

<sup>50</sup> Siguen esta doctrina las SSTEDH de 26 de junio de 2014 (JUR 2014/176905 y JUR 2014/176908), asunto *Labassee* contra Francia y asunto *Menesson* contra Francia. Asimismo, las SSTEDH de 21 de julio de 2016, asuntos *Foulon* y *Bouvet* contra Francia (gestación por sustitución en la India) [TEDH 2016/61] y de *Laborie* contra Francia de 19 de enero de 2017 (gestación por sustitución en Ucrania) [JUR 2017/14349].

Así, en la resolución de los casos *Mennesson contra Francia* y *Labassee contra Francia* (en los que se había aportado óvulos donados y espermatozoides del varón comitente), la pretensión de ambos matrimonios franceses de inscribir a sus hijas en Francia fue rechazada en todas las instancias, en virtud de lo dispuesto en el art. 16 del Código Civil francés<sup>51</sup>, norma de orden público que establece la indisponibilidad del cuerpo humano y del estado de las personas. Los *Mennesson* y los *Labassee* invocaron el art. 8 CEDH, que el TEDH consideró vulnerado con respecto a los menores (no así frente a los comitentes), pues el ordenamiento jurídico francés no establecía vía alguna para que quedara determinada la identidad de las nacidas, como hijas de los comitentes, y poder así desenvolverse plenamente en una vida privada y familiar a la que tenían derecho. La no determinación de la filiación de las menores, que viven integradas en las familias de los comitentes, impide ya no solo que obtengan un título de acreditación que posibilite sus derechos (a la educación, sanidad...) y que obtengan la nacionalidad francesa, sino que se ve vulnerado su «derecho a la identidad». Así, el TEDH reconoce este derecho, que considera parte integral del concepto de intimidad, y la relación existente entre la vida privada de los bebés nacidos de una gestación por sustitución y la determinación legal de su filiación. Por tanto, el rechazo al reconocimiento de la filiación obtenida por esta práctica vulneraría el derecho a la vida privada de las menores (art. 8 CEDH). Interesa destacar así que el TEDH, si bien reconoce que los Estados miembros del Consejo de Europa disponen de un amplio margen de apreciación para establecer las normas que consideren más convenientes sobre la gestación por sustitución, dicho margen puede reducirse si está en juego la filiación, ya que en este caso estamos ante un aspecto fundamental de la identidad de las personas. En suma, para el TEDH la vulneración del art. 8 CEDH se produce en el supuesto concreto, porque no se les reconoce a los menores un estatus delimitado, lo que puede afectar, en definitiva, a su interés superior. Ha de valorarse, por tanto, si se alcanza un justo equilibrio entre los intereses del Estado y los de los individuos afectados, habida cuenta, en especial, del principio fundamental que ha de primar, cuando está en cuestión la situación de un menor, como es el interés superior de este. Como se ha señalado, el art. 8 del CEDH impone que las restricciones

---

<sup>51</sup> En Francia, la denominada «gestación pour autrui» está prohibida por el art. 16.7 CC, reformado por la Ley 94-653, de 29 de julio, norma que el art. 16.9 declara de orden público.

al reconocimiento de la filiación derivadas del orden público internacional deben estar debidamente justificadas<sup>52</sup>.

En este sentido, se ha considerado que las vías ofrecidas por el ordenamiento jurídico español para que pueda quedar determinada la filiación a favor de los comitentes, ya sea ejerciendo la acción de determinación judicial de la paternidad biológica, o adoptando al nacido, satisfacen, en principio, las exigencias del art. 8 CEDH para no entender vulnerado por el Estado el derecho al respeto a la vida familiar de los menores<sup>53</sup>.

---

<sup>52</sup> Así, se afirma (Calvo Caravaca y Carrascosa González, 2015: 97) que la activación del orden público deber ser razonada y proporcionada. Ha de respetar los derechos recogidos en el CEDH en relación con el caso concreto. Así, estos autores consideran que «el recurso al orden público internacional no opera como un “cheque en blanco” concedido al Estado de destino para denegar los efectos de la filiación extranjera en su orden jurídico simplemente porque la gestación por sustitución está radicalmente prohibida en el Derecho de ese Estado de destino mediante normas imperativas».

<sup>53</sup> Que, en definitiva, es la tesis seguida por la STS de 6 de febrero de 2014, y confirma el ATS de 2 de febrero de 2015. La cuestión decisiva, según este auto del TS, «es que lo que determina la relación de filiación, esencial para establecer la identidad del menor, según las normas de orden público del ordenamiento español actualmente vigentes [...], es la filiación biológica (cuyo reconocimiento como determinante de la filiación tiene una especial importancia para el interés del menor, como elemento esencial de su identidad, y así es destacado por las sentencias del Tribunal de Estrasburgo), y el establecimiento de lazos filiales como consecuencia de la existencia de un núcleo familiar de facto en el que estén integrados los menores, el progenitor biológico y su cónyuge». Por tanto, lo que podría calificarse como una injerencia en los derechos del niño desproporcionada y contraria al CEDH, sería la negación de toda posibilidad de establecer lazos paternofiliales entre los comitentes y los niños, especialmente cuando exista vínculo genético entre ellos. Pero esta última consideración merece ser matizada. Hay que precisar que la prueba definitiva de la paternidad biológica no ha de considerarse como esencial. Los argumentos sobre la existencia de una situación familiar «de facto» pueden, en su caso, sustituir la verdad biológica. Si bien es cierto que la relación biológica puede proporcionar el estatus definitivo de los menores en lo que se refiere a su identidad, también la adopción o incluso la posesión de estado han sido considerados por nuestro ordenamiento como medios idóneos para proteger el interés superior del menor. Entendemos que la consecuencia que conlleva la protección de este interés puede consistir en el reconocimiento legal de una relación de filiación no necesariamente biológica. La importancia que en las sentencias del TEDH se otorga al vínculo genético en los casos en que se lleva a cabo esta práctica, es insostenible hoy, «pues el propio TEDH se refiere a la “familia de hecho” con independencia de la existencia o no de posibles vínculos genéticos» (Sánchez Hernández, 2018: 18).



### 2.3.2. El caso *Paradiso y Campanelli contra Italia*

En este caso, la Gran Sala del TEDH, en sentencia de 24 de enero de 2017<sup>54</sup>, anuló una sentencia previa dictada por su Sala Segunda (sentencia de 27 de enero de 2015)<sup>55</sup>, concluyendo que Italia no había violado el art. 8 CEDH. La sentencia afirma que no puede hablarse en el caso examinado de «vida familiar» debido a «la ausencia de todo vínculo biológico entre el niño y los comitentes [hubo un error en la clínica y no se usó su líquido seminal], la corta duración de la relación con el niño y la precariedad de los vínculos desde el punto de vista jurídico, y a pesar de la existencia de un proyecto parental y de la calidad de los lazos afectivos»<sup>56</sup>. Se considera que las autoridades italianas adoptaron las medidas adecuadas debido, principalmente, a la ilegalidad de la conducta de los demandantes, así como a la necesidad de proteger al menor que se hallaba en «estado de abandono»<sup>57</sup>. Por tanto, se observa que el principal objetivo de los tribunales italianos era poner fin a una situación ilegal. De ahí que las medidas que se adoptaron tuvieran como vocación la de proteger intereses generales importantes. De este modo, el TEDH estima razonable la decisión estatal, teniendo presente que el menor no sufriría un perjuicio grave

<sup>54</sup> Sentencia del TEDH de 24 de enero de 2017 (JUR 2017/25806).

<sup>55</sup> Sentencia del TEDH de 27 de enero de 2015 (TEDH 2015/17).

<sup>56</sup> La breve duración de la convivencia, unida a la ausencia de vínculo genético, así como la inseguridad jurídica creada por estos al incurrir en conductas contrarias a la legislación italiana, que no podían ser reconocidas por las autoridades nacionales, lleva a concluir que en el caso no existió vida familiar *de facto*. Esta sentencia del TEDH cuenta también con un voto particular en el que se considera, por un lado, que la ausencia de vínculo genético no necesariamente debe conducir a apreciar la falta de vida familiar y, por otro, que el período de tiempo de convivencia entre el menor y los comitentes fue, pese a su brevedad, suficiente para establecer entre ellos vida familiar *de facto*. Estos jueces disidentes entienden, por el contrario, que sí hubo vida familiar *de facto* en la que se entrometió ilegítimamente el Estado italiano al declarar al menor en situación de abandono por la sola razón de la ilegalidad en que han incurrido.

<sup>57</sup> Las autoridades italianas, informadas por el consulado italiano en Moscú de que el certificado contenía información falsa, denegaron su registro e iniciaron un procedimiento penal contra los cónyuges por alteración de la filiación, falsificación documental y contravención del procedimiento sobre adopción internacional. Asimismo, se iniciaron los trámites para dar al menor en adopción, dada su situación de abandono, lo que desembocó en su desamparo y, por tanto, en su posterior acogimiento familiar, con el fin de ser dado en adopción. En suma, el TEDH concluyó que aceptar que el menor permaneciera con los recurrentes hubiera sido equivalente a legalizar la situación creada por ellos contraviniendo importantes normas de derecho italiano. Véase, más ampliamente, Farnós Amorós (2017: 233).

o irreparable, tomándose una decisión equilibrada dados los intereses en juego. Primaría, en este caso, el interés general —que justificaría la injerencia del Estado— sobre el interés particular de los comitentes en formar una familia.

Como se ha señalado, dadas las distintas circunstancias de los casos, no procede aplicar a *Paradiso* y *Campanelli* la doctrina empleada en supuestos semejantes a los resueltos en *Mennesson* y *Labassee*. En efecto, los Estados siguen teniendo la libertad para prohibir o admitir la gestación por sustitución, debiendo garantizar la vida familiar de los menores nacidos a partir de esta práctica. Por tanto, ha de proporcionarse, según la doctrina del TEDH, los cauces necesarios para fijar esta vida familiar creada entre los comitentes y los menores si así lo exige la protección del interés superior de estos.

A tenor de lo expuesto, consideramos que, en los supuestos franceses, la solución dada por el TEDH se fundamenta en determinar una filiación conforme al interés superior del menor, viéndose, en caso contrario, afectado su derecho a una identidad cierta en el país de quienes son sus padres según el acta de nacimiento y ejercen como tales. En el caso italiano, si bien parece justificado denegar la inscripción de la filiación, dado que tiene lugar una contravención a importantes normas de derecho italiano dirigidas a proteger intereses públicos muy valiosos, más discutible parece justificar la situación de desamparo del menor —retirando la guarda de los comitentes, pasados ocho meses desde el nacimiento— aduciendo que no se produce un daño grave al menor y entregando su guarda a terceros<sup>58</sup>.

A tenor de lo expuesto, hay que precisar que, efectivamente, la protección del interés superior del menor obtiene gran protagonismo en el reconocimiento de decisiones extranjeras. También, como veremos, ha sido uno de los argumentos aducidos para admitir una regulación de la gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico. Examinemos, a continuación, cuáles son los razonamientos que delimitan los términos del debate a este respecto, a efectos de hacer una valoración final sobre dicha propuesta.

---

<sup>58</sup> En opinión de Farnós Amorós (2017: 234-235) hay tres circunstancias que impiden extender a *Paradiso* la doctrina de *Mennesson* y *Labassee c. Francia*, como también extrapolar la doctrina *Paradiso* a todos los supuestos de gestación por sustitución internacional. «En primer lugar, en *Paradiso* no existía correspondencia genética entre el menor y los comitentes; en segundo lugar, como ya advirtió la Gran Sala [...], el asunto no tenía por objeto el registro, en Italia, del certificado de nacimiento expedido en Rusia ni el reconocimiento de la filiación resultante, sino la declaración de desamparo del menor por parte de las autoridades italianas; y finalmente, [...], en *Paradiso* el menor no era parte en el proceso, puesto que a diferencia de los casos franceses, había sido separado de los comitentes por las autoridades nacionales».

### III. VALORACIÓN DE POSTURAS PARTIDARIAS Y CONTRARIAS A LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN EL DEBATE SOBRE SU ADMISIÓN EN ESPAÑA

Buena parte del argumentario destinado a justificar la prohibición de esta práctica se basa en la defensa de los valores y principios básicos que conforman el orden público. Una de las razones más alegadas es la de proteger la dignidad de las mujeres y de los niños involucrados en esta práctica<sup>59</sup>. O, dicho en otros términos, se considera contrario al orden público español el contrato de gestación por sustitución en base a razones fundadas en la dignidad de la persona, indisponibilidad del estado civil, límites a la autonomía privada contractual...<sup>60</sup>. De hecho, hay que preguntarse cómo encajar el objeto y la causa de este contrato en nuestro ordenamiento, donde parece instrumentalizarse y patrimonializarse, ya sea este oneroso o gratuito, una cualidad personalísima de la mujer, como es su capacidad de gestación de la vida humana, además de esta misma.

Por el contrario, quienes apuestan por su admisión —y como fundamento de las regulaciones en aquellos países que la admiten, donde también se aprecian diferencias—, se apelan, entre otros argumentos, a la libertad de reproducción de quienes recurren a esta práctica para ser padres, además de a la libre autonomía procreativa de la mujer gestante. Sin que pueda considerarse, en principio, que dicha práctica vulnere su dignidad, por cuanto no se le reduce a mero «instrumento» u objeto carente de valor, siempre y cuando sea ella quien, naturalmente capaz de autogobernar su esfera personal, preste libre y voluntariamente su consentimiento, toda vez que cuente con la información adecuada que, ajustada a sus necesidades, le permita decidir con conocimiento de causa.

A la hora de dilucidar sobre una posible admisión de la regulación de esta práctica, hay que tener presente varios presupuestos que consideramos importantes y que, como veremos, hacen difícil su sintonización con los valores y

---

<sup>59</sup> Véase, en este sentido, lo dispuesto en la Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de diciembre de 2015, sobre el Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo (2014) y la política de la Unión Europea al respecto (2015/2229[INI]) (punto 115).

<sup>60</sup> En este caso, tal y como expresa Salazar Benítez (2017: 114), «el ambiguo y plural límite de la “moral” no puede sino entenderse como el que nos remite a los principios básicos de una ética democrática entre los que sin duda se encuentran la autonomía y dignidad de las mujeres, su integridad física o moral o, en general, la prohibición de la instrumentalización de los individuos —incluidos su cuerpos— para la satisfacción de los intereses y deseos de otros».

principios imperantes en nuestra sociedad y, por consiguiente, su encaje con nuestro ordenamiento jurídico.

### 1. LA PATERNIDAD/MATERNIDAD: ¿MÁS ALLÁ DE UNA OPCIÓN PERSONAL?

Pensamos que la gestación por sustitución no está exenta de valores que pueden tener una relevancia ética y jurídica positiva. Se trataría de crear las condiciones adecuadas para quienes, como un recurso excepcional —por ejemplo, dada su infertilidad patológica (con indicación médica debidamente documentada) o esterilidad estructural (pareja homosexual masculina u hombre sin pareja)—<sup>61</sup>, desean constituir una familia. Siempre que ello se halle enmarcado dentro de la justa ponderación y protección de los distintos intereses que puedan verse implicados —no solo los de aquellos con imposibilidad de procrear a efectos de cumplir con su proyecto de paternidad/maternidad, sino también los de la mujer gestante y los del futuro hijo—. La cuestión está en cómo armonizar unos y otros, a fin de que los más relevantes no se vean relegados.

Y sobre esta cuestión conviene aclarar una de las razones dadas por quienes defienden la regulación de esta práctica, la cual pasa por considerar como existente, en nuestro ordenamiento jurídico, un derecho fundamental a la procreación. Sin embargo, hay que subrayar que el deseo de paternidad/maternidad no puede elevarse a la categoría de derecho. No debe confundirse el deseo de ser padre o madre con el derecho a exigir al Estado el medio por el cual hacer realidad el mismo. No es un derecho prestacional que deba satisfacerse por el Estado a través de cualquier vía, con el fin de salvar los obstáculos que impiden la paternidad/maternidad biológica<sup>62</sup>. Y menos aún podría imponerse el cumplimiento de este derecho al necesitarse, en todo caso, la libre colaboración de una mujer gestante. Efectivamente, el Estado no puede negar la libertad de las personas para decidir si tener o no descendencia, así como su planificación en el tiempo, en el seno familiar, como expresión del libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE). No hallándose legitimada la intromisión de los poderes públicos en tales decisiones, puesto que se afectaría a la esfera privada y familiar de las personas. Sin embargo, no existe en el ordenamiento jurídico un derecho específico a la procreación y, por tanto,

<sup>61</sup> Véase Grupo de Ética y Buena Práctica Clínica de la SEF (2015: 6).

<sup>62</sup> Véase González Carrasco (2017: 125-126). Se apela, sin embargo, a la defensa de la gestación por sustitución como una «manifestación del derecho a procrear, especialmente importante para quienes no pueden tener un hijo genéticamente propio» en el voto particular en contra de la citada STS (RJ 2014/833).

el deber del Estado en garantizarlo<sup>63</sup>. Dicho derecho no se halla contemplado como tal en nuestro ordenamiento, sino derivado de otros o vinculado a otros derechos fundamentales sí reconocidos expresamente en el mismo, tales como el derecho a la vida privada y familiar y el derecho a fundar una familia (arts. 8 y 12 CEDH; arts. 18.1 y 39.1 CE)<sup>64</sup>.

En la línea argumental de defender el derecho a la procreación en base a una autonomía procreativa que permita la posibilidad de tener hijos/as como algo digno de tutela legal, se sitúa la Proposición de Ley 122/000117, reguladora del derecho a la gestación por subrogación, de 8 de septiembre de 2017, presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos (en adelante, PLDGS). En su art. 1 define ese derecho como un derecho que les asiste tanto «a los progenitores subrogantes a gestar, por intermediación de otra, para constituir una familia, [como] a las gestantes subrogadas, a facilitar la gestación a favor de los subrogantes». Resulta llamativo que se hable de un derecho de la mujer a gestar que —para cumplir con el verdadero interés fundamental que se persigue, como es el de ser padres/madres de los comitentes— debe cumplir con toda una serie de requisitos y condiciones. Interés el de aquellos que, como hemos apuntado, no constituye un derecho fundamental. Sin embargo, los requisitos a los que la mujer puede verse sometida, a lo largo de todo el proceso de gestación por sustitución, pueden afectar, como veremos, a varios derechos fundamentales de los que es titular.

## 2. ¿PREVER LA GRATUIDAD DEL NEGOCIO PARA EVITAR LA PATRIMONIALIZACIÓN DE LA CAPACIDAD DE GESTACIÓN DE LA MUJER DE UNA VIDA HUMANA Y DE ESTA MISMA?

Podemos estar de acuerdo en que el altruismo y la solidaridad son valores morales positivos. Y, también, en que la decisión de la mujer gestante

---

<sup>63</sup> La libertad de procreación significa un ámbito de decisión sustraído a la injerencia estatal, pero no existe un derecho a exigir al Estado el acceso a las técnicas de reproducción asistida en cualquier circunstancia, como afirma De Verda y Beamonte (2005: 1-23).

<sup>64</sup> El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 1ª) Caso *S.H. y otros contra Austria*. La sentencia de 1 de abril de 2010 [TEDH 2010/56] ha considerado «que el derecho de una pareja a concebir un hijo y a hacer uso para tal fin de la procreación asistida médicamente entra dentro del ámbito del art. 8 [CEDH], ya que esta elección es claramente una expresión de la vida privada y familiar», estimando asimismo que «desde el punto de vista del Tribunal el deseo de tener un hijo pertenece a una faceta particularmente importante». También esta doctrina se recoge en el caso *Parrillo contra Italia*, Sentencia de 27 de agosto de 2015 [JUR 2015/204860].

se ejercerá con un margen de libertad más amplio cuando la motivación —fuera de toda necesidad económica susceptible de aprovecharse para una eventual explotación— esté determinada por dichos valores. Si esto es así, la balanza podría inclinarse, en principio, a favor de la autonomía y dignidad de la mujer gestante, cuando el contrato de gestación por sustitución fuera gratuito. Decimos en principio porque consideraremos que esto también puede ser discutible y susceptible de matización. Así, la primera garantía de la libre decisión individual es la gratuidad; esto es, que no haya retribución económica alguna y solo se contemplen las respectivas compensaciones de los gastos derivados del proceso<sup>65</sup>.

Pero, además, y no menos importante, por estar íntimamente vinculado con dicho lado de la balanza y con su consideración como agente moral autónomo, capaz de autogobernar su esfera personal —y, en ningún caso, como «objeto» de las transacciones comerciales de otros— será preciso garantizar que las mujeres gestantes —al igual que las demás partes intervinientes— prestan libre y voluntariamente un consentimiento informado<sup>66</sup>. Así, el despliegue de la capacidad natural de autogobierno de cada uno de los sujetos involucrados en la práctica —pero en especial de la mujer gestante— requerirá contar con la información adecuada para tomar una decisión con cabal conocimiento y siempre que su manifestación no venga determinada por vicios de la voluntad —error, violencia, intimidación o dolo— (art. 1265 CC).

Dentro de lo cual hay que considerar la idea de si existe algún tipo de relación de subordinación (económica, laboral, etc.) entre las partes del contrato que impida pactar en condiciones de igualdad y el libre ejercicio de la autonomía decisoria, dada la indudable relación asimétrica entre ellas. Así, con el fin de que la gestante no vea afectada su libertad de decisión, se propone, por un lado, que su selección responda —una vez comprobada su situación socioeconómica que descarte su estado de grave necesidad— a

---

<sup>65</sup> Entre los países que mantienen modelos altruistas están Reino Unido, Grecia y Portugal. Por ejemplo, en este último país se establece por el legislador no solo la prohibición de pagos y donaciones a la gestante —a excepción de las compensaciones de gastos derivados del seguimiento de su salud—, sino también de vínculos de subordinación económica entre las partes y, a su vez, se contempla la sanción civil y penal de la onerosidad de este tipo de contratos o el aprovechamiento económico de los mismos por parte de terceros.

<sup>66</sup> Para garantizar que la gestante presta un consentimiento informado, según Grupo de Ética y Buena Práctica Clínica de la SEF (2015: 14), resulta esencial que aquella haya tenido previamente algún hijo propio y sano y haya desarrollado previamente su proyecto reproductivo personal.

criterios médicos, entre otros, y, por otro lado, que no exista relación de parentesco, laboral, de dependencia institucional o jerárquica con los comitentes<sup>67</sup>.

Ahora bien, en cuanto al criterio de la gratuidad hay que hacer, como hemos advertido, alguna matización. En primer lugar, los conceptos que puedan formar parte de la compensación resarcitoria son muy amplios<sup>68</sup>, lo que en la práctica puede derivar en una dificultad para distinguirla de un precio libremente acordado entre las partes<sup>69</sup>. Por otra parte, la prohibición de un precio podría no resolver, en la práctica, el hecho de que la voluntad de mujeres con escasos recursos no se viera condicionada. Asimismo, resultaría difícil evitar, en la práctica, el abono de retribuciones económicas más allá de lo permitido por la norma. Todo lo cual llevaría, de un lado, a prohibir las agencias intermediarias (al menos las que ostenten ánimo de lucro), para evitar que la práctica acabe degenerando en un negocio y, de otro, a establecer

---

<sup>67</sup> Véase Grupo de Ética y Buena Práctica Clínica de la SEF (2015: 8 y 16). Véase también la PLDGS, arts. 5.3 y 9.6. La PLDGS también prevé la prohibición de que puedan ser gestantes familiares consanguíneos de los comitentes (art. 4.3). Lo cual causa cierta sorpresa, según apuntan algunos autores (Salas Carceller, 2017: 2), «pues si se trata de un modo de gestación nacido del altruismo de la gestante, parece contradictorio que no se pueda hacer a favor de una hija o de una hermana». No obstante, como apunta De Montalvo Jääskeläinen (2017: 46), la maternidad subrogada altruista (en caso de incorporarse a nuestro ordenamiento jurídico) se desarrollaría con casi exclusividad en el marco de las relaciones biológicas familiares. Lo cual supondría una alteración sustancial de los roles biológicos que coexisten en la familia, «produciéndose una duplicación de tales roles que puede considerarse contraria tanto a la protección constitucional que se reconoce a la familia como al propio interés superior del menor».

<sup>68</sup> En cuanto a los límites de la compensación de gastos, se ha propuesto que deban fijarse anualmente por el Ministerio correspondiente, con las respectivas sanciones para el caso de que se sobrepase dicho límite. Pero esta propuesta también plantea dudas, como manifiestan varios autores. Véanse Salazar Benítez (2017: 108); García Manrique (2018: 27); Lamm (2018: 208); Grupo de Ética y Buena Práctica Clínica de la SEF (2015: 16-18). El problema, según este grupo de la SEF, consiste en dilucidar cuándo se está en presencia de dicha compensación y cuándo el pago se transforma en una verdadera retribución. En este sentido, se sugiere que sea la Administración sanitaria, a través de un órgano como la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, la que fije las bases homogéneas de la compensación que proceda.

<sup>69</sup> A la «falacia de la gratuidad» se refiere González Carrasco (2017: 121-122), para quien la ausencia de precio no puede asegurar que esta práctica no acabe convirtiéndose en un negocio de mercantilización de los cuerpos de las mujeres y que aquellas con menos recursos acaben acudiendo de forma «altruista» a estos procesos. Véase, también, Bellver Capella (2017: 239-240).

controles y sanciones muy rigurosos<sup>70</sup>. En segundo lugar, la gratuidad de esta práctica no excluye el aspecto contractual, y el que hablemos de la transacción ya no solo sobre el cuerpo humano, sino sobre una vida humana futura<sup>71</sup>, negocio jurídico incompatible con nuestro ordenamiento (arts. 10 y 15 CE), y con los valores y principios imperantes en nuestra sociedad.

### 3. LA AUTONOMÍA Y DIGNIDAD DE LA MUJER GESTANTE... ¿COMPATIBLES CON LA IRREVOCABILIDAD DEL CONSENTIMIENTO?

Una vez expuesto que la prohibición de precio no se erige en la solución a la problemática que plantea esta práctica, ni sirve para diluir el componente de agravio a determinados valores esenciales, nos queda por ver uno de los principales argumentos esgrimidos por quienes defienden admitir su regulación.

Así, hay quienes consideran que el respeto del procedimiento de consentimiento informado y la gratuidad de la práctica pueden constituir una garantía suficiente de que la mujer gestante participa libre y voluntariamente en la misma. Alejándola, así, de su consideración como mera «incubadora» o «instrumento» al servicio de los intereses reproductivos de terceros y no viéndose determinada su voluntad por razones económico-financieras. Pues no se ignora, en este sentido, su papel activo, como sujeto de derechos, ni sus loables motivaciones de altruismo y solidaridad. A ello contribuirá, en efecto, no imponerle contractualmente restricciones de comportamiento —salvo, en su caso, la observancia de los cuidados propios de cualquier embarazo— o pautas que atenten contra sus derechos, libertades y dignidad a lo largo del proceso de gestación por sustitución<sup>72</sup>.

Desde este enfoque, se trata de justificar la regulación de esta práctica si se cumplen determinadas condiciones ineludibles, tales como las relativas a respetar la capacidad de autodeterminación de la mujer gestante. La CE contiene, como amarre fundamental de esa autonomía personal, el art. 15, lugar donde se reconoce el derecho fundamental a la integridad física y moral.

<sup>70</sup> Véanse Salazar Benítez (2017: 108-109); Grupo de Ética y Buena Práctica Clínica de la SEF (2015: 25-26); Romeo Casabona (2018: 30); Urruela Mora (2019: 143).

<sup>71</sup> Como expresa Barber Cárcamo (2013: 2940), el contrato repugna a nuestro ordenamiento porque —además de convertir en objeto una facultad personalísima, la de generar una nueva vida, y su resultado, una persona humana— transforma en materia disponible la identidad y el estado civil, algo que, dada su incidencia en los intereses generales, se excluye del libre ámbito de la autonomía de la voluntad.

<sup>72</sup> Véase, en este sentido, Lamm (2013: 267).



De ahí obtiene legitimidad el procedimiento de consentimiento informado<sup>73</sup>. Así, no tratándose de actuaciones impuestas, que atentarían contra la libre autonomía de la voluntad de la persona y su integridad física, al no haber podido ejercer esta su propia autodeterminación personal, podría afirmarse que dicha práctica estaría legitimada cuando se encuentre fundada en un consentimiento libre e informado de la mujer gestante que cuenta con dicha capacidad de autogobierno.

Todo lo cual también requiere sus matizaciones. En efecto, la inviolabilidad de la persona puede quedar intacta si la intervención sobre su cuerpo, y demás tratamientos que se le propongan, cuenta con su conformidad libre, voluntaria, manifestada en pleno uso de sus facultades cognitivas y volitivas después de recibir la información adecuada. Pero también puede ocurrir que el consentimiento, libre, válida y expresamente emitido por una persona naturalmente capaz de autogobernarse, no siempre legitime el posible menoscabo de sus derechos fundamentales<sup>74</sup>. Por otra parte, la mujer gestante debe ver protegidos estos derechos durante todo el proceso. Lo cual nos llevaría a admitir, en contra de lo que sostienen los partidarios de esta práctica, la revocabilidad de su consentimiento en cada una de las fases del proceso, pues, como veremos, es lo que resulta compatible con el libre ejercicio de su autonomía decisoria.

Quienes aceptan la regulación de esta práctica proponen un proceso judicial para garantizar la protección de los derechos de todas las partes,

---

<sup>73</sup> Así, de acuerdo con la doctrina reiterada del Tribunal Constitucional (recopilada, entre otras, en las SSTC 120/1990 [RTC 1990, 120], 207/1996 [RTC 1996, 207], 119/2001 [2001, 119], 154/2002 [RTC 2002, 154], 220/2005 [2005, 220], 160/2007, [2007, 160], 37/2011 [RTC 2011, 37]), podemos afirmar que el consentimiento de una persona a cualquier intervención es algo inherente a su derecho fundamental a la integridad física. Se trata de una facultad de autodeterminación que le legitima, en su autonomía de la voluntad, para decidir libremente sobre las medidas terapéuticas y tratamientos que puedan afectar a su integridad, escogiendo entre las distintas posibilidades, consintiendo su práctica o rechazándolas. Y, para que esta facultad de consentir pueda ejercerse con plena libertad y conocimiento de causa, es ineludible que la persona cuente con la información adecuada.

<sup>74</sup> Como expresa Vaquero Pinto (2018: 257), «no siempre la lesión de los derechos se legitima por la prestación del consentimiento (aunque sea libre) del lesionado». Por ejemplo, si una lesión provocada por un tercero a la propia integridad física fuese libremente aceptada por uno mismo, esto no significa que tal derecho fundamental no pudiera verse, en su caso, afectado. Así, el art. 155.1 del Código Penal prevé lo siguiente: «En los delitos de lesiones, si ha mediado el consentimiento válida, libre, espontánea y expresamente emitido del ofendido, se impondrá la pena inferior en uno o dos grados».

especialmente de las más vulnerables. En este sentido, se considera que el consentimiento previo, libre e informado de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución, debería ajustarse a lo previsto por la ley. Si se cumplen los requisitos previstos legalmente<sup>75</sup>, el juez procedería —con el asesoramiento, en su caso, de un equipo interdisciplinar— a la aprobación del proceso<sup>76</sup>. El consentimiento, debidamente verificado por la autoridad judicial, junto con el certificado de nacimiento y la identidad de los comitentes, deberían presentarse ante el Registro Civil para la correspondiente inscripción del nacido<sup>77</sup>.

La cuestión, como hemos mencionado antes, es si debe mantenerse la posibilidad de que la mujer gestante pueda revocar el consentimiento hasta el momento de la entrega del nacido, lo que se correspondería con el libre ejercicio de su autonomía decisoria en asuntos que afectan a su esfera personal. Y esto, entre otros motivos, porque podrían sobrevenir circunstancias imprevisibles que le lleven a revocar dicho consentimiento.

<sup>75</sup> Véase, por ejemplo, los requisitos legales previstos en la PLDGS (arts. 4 y ss.) y los requisitos objetivos previstos por el Grupo de Ética y Buena Práctica Clínica de la SEF (2015: 9-11). Véase, asimismo, la propuesta de algunos autores para plantearse en España un cambio del marco normativo vigente, admitiendo esta práctica bajo determinadas condiciones: Urruela Mora (2019: 141-144); Emaldi Cirión (2018: 94-96).

<sup>76</sup> Con respecto a la intervención pública en el proceso de gestación por sustitución, la PLDGS opta por la intervención notarial en la celebración del contrato, en lugar de la judicial (art. 9.1). Sin embargo, el Grupo de Ética y Buena Práctica Clínica de la SEF (2015: 20-21) considera precisa la «aprobación judicial previa al inicio del proceso clínico que constata la voluntariedad del consentimiento informado, que no se produce tráfico de niños ni explotación de la mujer y que se dispone de la documentación clínica y social prevista, así como del informe favorable del Comité Ético».

<sup>77</sup> Véase Salazar Benítez (2017: 109). En el modelo de regulación británico, la filiación se establece con respecto a la madre gestante cuando nace el menor, y luego los comitentes deben solicitar —tras el periodo de reflexión de seis semanas establecido legalmente— la transferencia de la filiación. Esto es, no se admite directamente la filiación del nacido en relación con los comitentes. En este sistema normativo la validación judicial del convenio de gestación por sustitución se produce *a posteriori* de su concertación y de que nazca el niño. Si la mujer desea quedarse con el niño se hallaría amparada. El modelo de regulación que, en general, proponen los partidarios de regular esta práctica se aproximaría más al griego, donde el control judicial es previo, de forma que se requiere una autorización judicial para concertar una gestación por sustitución. Dicha autorización origina, en su caso, que los comitentes se conviertan en padres legales del niño. En Grecia, la gestación por subrogación está regulada por la Ley 3089/2002 y la Ley 3305/2005.

Como sabemos, la propuesta más extendida de quienes se muestran a favor de regular la gestación por sustitución consiste en que la filiación de los nacidos a partir de esta práctica se establezca en favor de los comitentes, dada la indispensable renuncia a los derechos y deberes propios de la maternidad que ha de realizar la mujer gestante de forma previa a la celebración del contrato. Así se prevé, por ejemplo, en los arts. 8.1 y 8.7 de la Ley portuguesa 32/2006, de 26 de julio, de procreación médicamente asistida (en adelante, LPMA)<sup>78</sup>. Tras las modificaciones introducidas por la Ley 25/2016, de 22 de agosto, que regula el acceso a la gestación por sustitución, el Tribunal Constitucional Portugués —en Sentencia de 24 de abril de 2018 (en adelante, STCP)—<sup>79</sup> declaró inconstitucionales diversos preceptos de la LPMA. Entre ellos, los citados párrs. 1.º y 7.º del art. 8<sup>80</sup>. El principal argumento seguido por el Tribunal es que ha de mantenerse la posibilidad de que la gestante revoque el consentimiento a lo largo de todas las fases del proceso de gestación por sustitución: celebración del contrato, aplicación de las técnicas de reproducción

<sup>78</sup> En el art. 8.1 LPMA se establece que: «Se entiende [...] gestación por sustitución cualquier situación en que la mujer se disponga a soportar un embarazo por otros y a entregar al niño después del parto, renunciando a los poderes y deberes propios de la maternidad». Por su parte, el art. 8.7 LPMA dispone que: «El niño nacido mediante el recurso a la gestación por sustitución será tenido como hijo de los respectivos beneficiarios».

<sup>79</sup> Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018, Diário da República n.º 87/2018, Série I.

<sup>80</sup> En el análisis sobre la constitucionalidad o no de la maternidad subrogada, a la luz de dicha STCP, se destaca, sobre este asunto, que el TCP declara la inconstitucionalidad de dicha regla de filiación, por las mismas razones que le llevan a declarar la inconstitucionalidad de los límites a la libre revocación del consentimiento. Esto es, frente a las legítimas expectativas de los beneficiarios, ha de prevalecer «el cumplimiento voluntario de las obligaciones asumidas por la gestante, ya que ello se corresponde con el ejercicio del libre desarrollo de la personalidad, dado que lo contrario instrumentaliza gravemente su autodeterminación y, en última instancia, su dignidad» (Lazcoz Moratinos, 2018: 147). Por el contrario, Vela Sánchez (2018a: 10-17) se muestra muy crítico sobre este punto, ya que, según expresa, la irrevocabilidad del consentimiento prestado por la mujer gestante —previa información suficiente de todas sus posibles consecuencias— es esencial para la virtualidad del convenio gestacional. Y, en este sentido, considera que se infringen todos los postulados cardinales del derecho de obligaciones y contratos —pues su virtualidad quedaría muy limitada al estar supeeditada a la sola voluntad de la gestante lo que, según subraya, iría, además, contra el postulado negocial establecido en el art. 1256 CC—. Además, dicha revocabilidad es contraria a la seguridad jurídica a la que tienen derecho, igualmente, los beneficiarios del convenio. Véase, también, Vela Sánchez (2017: 7).

humana asistida, embarazo, parto y entrega del niño a los beneficiarios. Así, siendo el consentimiento una manifestación del libre desarrollo de la personalidad, también formará parte del mismo la posibilidad de revocarlo, dadas las vicisitudes que pueden ocurrir durante el proceso de gestación o durante el propio parto<sup>81</sup>. Lo contrario puede revelarse como una restricción desproporcionada al desarrollo de la personalidad de la mujer gestante, interpretado a la luz de su dignidad<sup>82</sup>.

Por tanto, también hay que hacer algunas matizaciones a todo lo anteriormente expuesto. No ha de ignorarse, dada la naturaleza del contrato y las obligaciones que han de asumir una y otra parte, la asimetría propia de la relación contractual. Desde el punto de vista de la gestante, el consentimiento está directamente relacionado con las obligaciones y riesgos que va a asumir en su propio cuerpo<sup>83</sup>. Los mayores condicionamientos para su vida y salud la sitúan en el lado más vulnerable de esta asimétrica relación contractual. En este sentido, hay que hacerse varias preguntas. ¿Qué ocurre si una eventual alteración de las circunstancias que, en un principio, determinaron su voluntad de participar libremente en el proceso de gestación por sustitución,

---

<sup>81</sup> En este sentido, véanse las reflexiones que hacen varios autores sobre las dificultades para implementar una regulación de esta práctica. Entre ellas, se halla la cuestión relativa a si cabe el derecho de la gestante a arrepentirse. No admitir este derecho, «podría verse como una suerte de colonización de la mujer durante los nueve meses de embarazo: si el hijo es mío, soy responsable de controlar todo lo que afecta a su proceso de “incubación”, en el que la gestante desempeña una labor instrumental o subalterna» (Bellver Capella, 2017: 238). Por otra parte, con respecto a la posibilidad de decidir la interrupción del embarazo... ¿cabría exigir indemnización alguna por parte de los comitentes? En relación con esta cuestión, se plantean, entre otros, los siguientes interrogantes: «En el caso de feto con alguna enfermedad o malformación genética y deseo de los comitentes de interrupción del embarazo, a lo que se niega la gestante... ¿Debe prevaler el interés de los comitentes en que el embrión con su carga genética no nazca en esas condiciones o el interés de la mujer en decidir libremente si aborta o no? [...]. ¿Deben hacerse cargo los comitentes del nacido con alguna anomalía, cuando esta ha sido provocada por la conducta de la gestante o esta se negó a interrumpir el embarazo habiéndolo solicitado los comitentes?» (Quicios Molina, 2019: 40-41).

<sup>82</sup> Línea argumental que se sigue en la nueva Sentencia de 18 de septiembre de 2019 del Tribunal Constitucional Portugués. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 465/2019, Diário da República n.º 201/2019, Série I. Sentencia que declara inconstitucional el art. 18.13º de la Ley 32/2006, al no permitirse a la madre gestante revocar el consentimiento.

<sup>83</sup> Sobre el que se articula su subjetividad y en el que se proyecta la dimensión biológica, corporal y psíquica.

provocan que ya no quiera participar en este? Podemos pensar, como ya hemos señalado, que imponerle el cumplimiento de las obligaciones del contrato en contra de su voluntad, dejaría de corresponderse con el libre ejercicio de su autonomía decisoria y, en su caso, podría convertir un acto de altruismo y solidaridad en una instrumentalización de su persona que afectaría a su propia dignidad. Si defendemos el libre ejercicio de la voluntad de la mujer gestante para aceptar esta práctica, habrá que argumentar qué condiciones del contrato legitimarían, en su caso, los límites a la misma<sup>84</sup>. Los cuales, recordemos una vez más, para no caer en contradicción, no deberían suponer su alienación y cosificación. Entendemos, siguiendo esta línea argumental, que tampoco debe convertirse en una obligación legal, sino en una decisión libremente adoptada por la gestante, la entrega del niño a los comitentes después del nacimiento<sup>85</sup>. Por tanto, la obligación de cumplir de forma obligatoria con este compromiso inicialmente adquirido resulta incompatible a la luz de los valores que incorpora nuestro sistema de derechos fundamentales.

En suma, la libre decisión individual de gestar para otros, si la consideramos como expresión de la autonomía decisoria de las mujeres (arts. 15 y 17 CE) y como el razonamiento por excelencia que sirve para justificar esta práctica, a efectos de no considerar que se instrumentaliza y patrimonializa una capacidad personalísima de la mujer... ¿podría tener como límite aquello que suponga justamente atentar contra dicha libertad? Admitir, por un lado,

---

<sup>84</sup> Véase Grupo de Ética y Buena Práctica Clínica de la SEF (2015: 23).

<sup>85</sup> «Lo contrario supondría negarle precisamente su libertad de agencia y entender que lo que vive la gestante es una especie de proceso médico y no un proceso vital con implicaciones que van más allá de la mera gestación de un ser humano» (Salazar Benítez, 2017: 111). Sin embargo, el Grupo de Ética y Buena Práctica Clínica de la SEF (2015: 23) considera que, en ningún caso, la gestante podrá negarse a entregar al recién nacido a la pareja subrogada, si la gestación por sustitución fuese autorizada judicialmente y firmó su consentimiento informado aceptándolo. En opinión de algunos autores, habría que valorar, en su caso, la exigencia de un doble consentimiento *ex ante* y *ex post* del nacimiento del niño, por parte de la mujer gestante, debiéndose aclarar el valor jurídico de ambos, en particular, del segundo. Véanse García Rubio y Herrero Oviedo (2018: 86). Según expresan otros autores (en función de si el convenio es irrevocable o no condicionando el momento a partir del cual se estima establecida la filiación), «[c]abría admitir la existencia de una situación transitoria en la que el menor es objeto de la debida protección, pero estando su filiación por determinar. Todo ello impone la articulación de un sistema de protección respecto del menor que está por nacer [...] De esta forma la autonomía de la mujer puede ser salvaguardada y no tiene que traducirse en incertidumbre a efectos del régimen de filiación» (Sánchez Hernández, 2018: 34).

la libertad de decidir gestar para otros y, por otro lado, aceptar las condiciones de un contrato que limitan la autonomía decisoria en asuntos que, como hemos dicho, se alejan de lo que suele ser objeto de las obligaciones y contratos, ¿no es contradictorio<sup>86</sup>?

Se ha considerado necesario, para evitar discrepancias de criterio entre las partes, prever en el contrato la forma de proceder en las posibles situaciones conflictivas (enfermedades, prematuridad, separación de la pareja comitente, premoriencia del o de los comitentes, aborto, etc.), así como el compromiso de la gestante de evitar comportamientos y estilos de vida que puedan suponer un riesgo prenatal<sup>87</sup>. No obstante, aunque se tratara de avanzar criterios entre ambas partes, resulta difícil pensar que pueda establecerse con precisión el régimen legal de este tipo de contratos o los límites a la autonomía de la voluntad de las partes en este tipo de procesos, de forma que pueda permitirse una adecuada autorización y supervisión pública de los mismos.

#### 4. ¿EL ANONIMATO DE LA MUJER GESTANTE DEBERÍA CEDER A FAVOR DEL DERECHO DEL NIÑO A CONOCER SU ORIGEN BIOLÓGICO?

Debemos añadir, además, otro razonamiento que resulta no menos importante. Hay quienes, dentro de las tesis partidarias de esta práctica, consideran, en cuanto al derecho del nacido al conocimiento de la identidad de la mujer gestante, que «dicho conocimiento no tendrá virtualidad jurídica

<sup>86</sup> Recordemos sobre esta cuestión lo expresado por Suart Mill (1991: 135): «El principio de libertad no puede exigir que sea libre para dejar de serlo. La libertad de renunciar a su libertad no es tal». En este sentido, varios autores han advertido sobre las dificultades de aplicar el régimen de las obligaciones y contratos a un contrato en el que están implicados intereses personalísimos. Véanse González Carrasco (2017: 125) y Vaquero Pinto (2018: 262), donde esta última autora se plantea, entre otras, las siguientes cuestiones: «¿qué sucedería si el hijo no cumpliera las expectativas de los padres intencionales? [...], ¿podría alegarse un vicio del consentimiento? Y ¿cuál sería, entonces, el destino del niño? ¿Qué sucedería en caso de premorencia del comitente?». También Quicios Molina (2019: 38-39), con respecto a los requisitos previstos en el art. 7.3 PLDGS «requisitos de la mujer gestante», se hace la siguiente pregunta: «¿Qué consecuencias tendrá el incumplimiento de estos requisitos u obligaciones, que buscan atender al interés de los comitentes (y en su caso del embrión)? [...] (¿serviría la doctrina sobre incumplimiento de los contratos de servicios u obra, cuando nos encontramos ante una prestación gratuita de la mujer, si bien (re)compensada por los comitentes?». Todo lo cual, según expone la autora, demuestra la enorme dificultad de regular un contrato como el de gestación por sustitución.

<sup>87</sup> Véase Grupo de Ética y Buena Práctica Clínica de la SEF (2015: 23-24).

alguna, pues la determinación de tal identidad no obligará a la mujer gestante a nada, ni siquiera a relacionarse con el nacido, obligación que tampoco podría ser impuesta por el juez»<sup>88</sup>. El argumento aducido por quienes consideran que eliminar la regla del anonimato de la mujer gestante supondrá, entre otras cuestiones, una merma en el número de personas dispuestas a intervenir en esta práctica no justifica la limitación del derecho del menor al conocimiento de su origen biológico. Derecho que, como expresión de su derecho a la identidad, conecta con su dignidad y libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE). Y que, dada la superioridad del interés del menor, se antepone ante el anonimato de la gestante. Ello le permitiría conocer la verdad de su propia biografía. Así se reconoce por los arts. 7.1 y 8 de la CDN y se establece para las personas adoptadas en el art. 180. 6 CC<sup>89</sup>. Cuestión que también es analizada por la STCP, apreciando la relevancia del conocimiento de los propios orígenes como elemento esencial de la construcción de la identidad, no encontrando justificación suficiente para limitar dicho derecho del menor<sup>90</sup>.

## 5. ¿ADMITIR LA REGULACIÓN DE ESTA PRÁCTICA PARA PRESERVAR EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR?

Por último, hay quienes propugnan la admisión de la regulación de la gestación por sustitución, en aras a satisfacer la necesidad de preservar el interés superior del niño nacido de esta práctica. Interés al que se recurre

<sup>88</sup> Véase Vela Sánchez (2018b: 10).

<sup>89</sup> Así queda puesto de manifiesto también en la exposición de motivos de la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010. Por lo que se parte del derecho del nacido, mediante convenio de gestación por sustitución, al conocimiento de la mujer gestante, no derivándose (del acceso a dicha identidad) ninguna consecuencia jurídica en el ámbito de la filiación. El conocimiento de los propios orígenes constituye un elemento esencial de la configuración de la identidad, enmarcándose en el derecho a la identidad personal.

<sup>90</sup> Según la STCP, «atendida la naturaleza de la relación intrauterina y su importancia constitutiva para el futuro niño [...], la gestante por sustitución puede convertirse [...], en un punto de referencia relevante en el itinerario biográfico de aquél». A favor de esta línea de argumentación se muestra el Informe CBE (2020: 47), donde se pronuncia a favor de modificar el régimen actual del anonimato del donante de los gametos a efectos de respetar los derechos a la identidad y a conocer el origen biológico de los que es titular el hijo que ha nacido a partir de las TRHA. Precisamente, el CBE menciona la STCP 225/2018, para subrayar la idea de que «el anonimato en la donación de gametos, tanto para procesos de gestación subrogada [...] como en los tratamientos de reproducción asistida no es constitucionalmente admisible».

para afrontar los problemas que emergen en torno al reconocimiento de la filiación de estos menores. En cuanto a este argumento hay que recordar, primeramente, que cuando se celebra este tipo de contrato no hay menor que proteger<sup>91</sup>. En efecto, nos hallamos ante una cuestión que, dada la diversidad normativa internacional, se ve favorecido el fenómeno del turismo reproductivo<sup>92</sup>. Tal y como dispone la Instrucción de 18 de febrero de 2019 de la DGRN, «sería necesaria una actuación internacional coordinada para hacerle frente [a este problema] de forma eficaz. En tanto no se disponga de ese claro marco internacional, y sin perjuicio de la adopción de las medidas oportunas y más contundentes para atajar esta práctica en España, se debe tratar el fenómeno con el necesario rigor»<sup>93</sup>. En este sentido, el interés preferente de los menores ha de quedar en todo caso protegido. Para lo cual, según la citada instrucción, han de valorarse todas las circunstancias que se presenten en cada supuesto.

Como ya hemos visto, en España existiría una vía alternativa para que el interés del menor nacido de esta práctica fuese protegido. Pues, como hemos señalado, nuestro ordenamiento permite la reclamación de la paternidad biológica del progenitor comitente (art. 10.3 LTRHA). También, la formalización posterior (mediante acogimiento y adopción) de las relaciones existentes en el caso de existir un núcleo familiar *de facto* entre los comitentes y el niño nacido de gestación por sustitución. Entendemos que la protección del menor ha de hacerse efectiva partiendo de las leyes aplicables en España, y, en su caso, permitiendo que —donde esté establecida una relación de familia (unos vínculos afectivos y familiares) con un niño— dichos vínculos se desarrollen, a la luz de las circunstancias del supuesto concreto, otorgando

---

<sup>91</sup> «El único interés perseguido por los eventuales padres comitentes es realizar el deseo de tener un hijo biológico [...] y no constituye un derecho fundamental que vincule al legislador» (Vaquero Pinto, 2018: 263).

<sup>92</sup> La gestación por sustitución es un problema social de derechos humanos y sin fronteras. En este sentido, se considera necesario, a fin de salvaguardar la seguridad jurídica, elaborar normativas comunes a nivel europeo e internacional.

<sup>93</sup> Véase DGRN de 18 de febrero de 2019 [RCL 2019/268], la cual deja sin efecto la que previamente (tan solo 4 días antes) había aprobado (Instrucción de 14 de febrero de 2019). Como pone de manifiesto Andreu Martínez (2019: 79), con esta Instrucción de 18 de febrero de 2019, «se recupera lo dispuesto en la Instrucción de 5 de octubre de 2010, que pretende que se aplique ahora de manera estricta; y se remite, fuera de los casos contemplados en ella (esto es, cuando no exista resolución judicial que determine la filiación del nacido mediante GS [gestación por sustitución] a un procedimiento de determinación de la filiación en España, que *a priori* podría ser judicial o extrajudicial».



la correspondiente protección jurídica que haga posible el desarrollo integral del niño en dicha familia.

Pensamos, en relación con este asunto, que podría estar justificado modificar o agilizar nuestro sistema de adopción, ya que el vigente es incompatible con la rapidez que pudiera requerir la situación de inseguridad jurídica familiar del menor<sup>94</sup>. Por otra parte, en el caso de que acontezca una situación de acogimiento por parte de los progenitores biológicos, es posible que ello no satisfaga suficientemente el interés superior del menor. Y este, como principio básico de nuestro ordenamiento jurídico, será el tamiz por el que deba pasar la solución a problemas donde estén en juego derechos fundamentales del menor, como el derecho a su identidad y a una vida privada y familiar<sup>95</sup>.

En definitiva, podemos estar de acuerdo en querer desincentivar el fraude de ley y en hacer respetar un derecho interno que se preocupa por proteger a las mujeres gestantes y a los menores frente a posibles abusos. Pero, ante las diferencias legislativas en esta materia y ante la posible desprotección de los menores involucrados, dicho derecho habrá de preocuparse, sobre todo, por priorizar, a tenor del caso concreto, los derechos de estos (los menos culpables y más vulnerables) en virtud de la protección que exige el principio de su interés superior.

#### IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

Por todo lo anteriormente expuesto, concluimos con las siguientes valoraciones finales. Es posible pensar que, en la práctica, apenas haya muchas mujeres que libre y voluntariamente acepten obligarse a gestar para otros a cambio de la satisfacción que pueda provocarles hacerlo por altruismo y solidaridad. Por otra parte, hemos advertido que la gratuidad y el procedimiento de consentimiento informado pueden constituir una garantía (con sus matices) de que la mujer gestante participa libre y voluntariamente en la gestación por

---

<sup>94</sup> Véase, en este sentido, la propuesta que sobre esta cuestión realiza Alkorta Idiakez (1990: 78-79).

<sup>95</sup> Sería preciso, así, «contar con procedimientos efectivos y ágiles para la determinación de la filiación en estos casos. De ahí que haya de ponerse especial cautela en la aplicación de la nueva Instrucción DGRN de 18 de febrero de 2019 para evitar que en la práctica se alargue innecesariamente la incertidumbre del menor en cuanto a la determinación de su filiación» (Andreu Martínez, 2019: 83). Véase, también, Roca Trías (2015: 332), donde la autora considera que «la aplicación del principio del interés superior del menor a estas situaciones debe llevar a una postura más activa que pasiva, tal como ha resultado de las sentencias del TEDH».

sustitución. Pero también hemos dicho que la gratuidad no evita el riesgo de que en la práctica pueda producirse el ánimo de lucro, y tampoco excluye el que hablemos de un contrato en el que están implicadas facultades humanas personalísimas e, incluso, la transacción sobre una vida humana futura.

Por otra parte, mantener la revocabilidad del consentimiento de la mujer gestante —en cada una de las fases del proceso, hasta la entrega del niño— es lo que resulta compatible con su consideración como sujeto moral autónomo capaz de ejercer, (sin imposiciones heterónomas por parte de los comitentes), el libre despliegue de su autonomía decisoria y personalidad, a la luz del respeto a su dignidad. Es posible que se aduzca que dicho derecho a la revocación por parte de la mujer gestante hasta el acto final de entrega del hijo pueda no dar una respuesta adecuada a la seguridad jurídica de los comitentes (eventualmente, progenitores biológicos del menor). Pero la inseguridad es lo que reina en un terreno (como el contractual) estéril para convenir o acordar sobre cuestiones que afectan a los derechos fundamentales.

Y, finalmente, si queremos admitir una propuesta de regulación de la gestación por sustitución que sintonice plenamente con los valores que incorpora nuestro sistema de derechos fundamentales y que sea lo más respetuosa posible con todos los intereses implicados —sin que se vean postergados los más relevantes—, aquella debería respetar los presupuestos ya comentados, tales como la gratuidad, la revocabilidad del consentimiento de la mujer gestante hasta el acto final de entrega del niño, el derecho del menor a conocer su origen biológico... Propuesta que no salvaría los principales escollos a los que se enfrenta cualquier intento de regulación de esta materia y que, creemos, sería la crónica de una muerte anunciada en la práctica.

## **Bibliografía**

- Alkorta Idiákez, I. (1990). La regulación jurídica de la maternidad subrogada. En VV.AA. *La subrogación uterina: análisis de la situación actual* (pp. 78-79). Barcelona: Fundació Víctor Grífols i Lucas.
- Álvarez González, S. (2013). Filiación natural y filiación adoptiva. Aspectos internacionales. En M. del C. Gete-Alonso y Calera (dir.) y J. Solé Resina (coord.). *Tratado de derecho de la persona física*, t. I (pp. 413-468). Cizur Menor: Thomson-Civitas.
- Andreu Martínez, B. (2019). Una nueva vuelta de tuerca en la inscripción de menores nacidos mediante gestación subrogada en el extranjero: La instrucción de la DGRN de 18 de febrero de 2019. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 10, 64-85.
- Aragón Gómez, C. (2017). La legalización de facto de la maternidad subrogada. A propósito de los recientes pronunciamientos de la Sala de lo social del tribunal

- Supremo con respecto a las prestaciones por maternidad. *Revista de Información Laboral*, 4, 1-26.
- Arechederra Aranzadi, L. I. (2018). *No se alquila un vientre, se adquiere un hijo (la llamada gestación por sustitución)*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- Atienza, M. (2009). De nuevo sobre las madres de alquiler. *El Notario del siglo XXI*, 27. Disponible en: <https://bit.ly/3e42j0v>.
- Balaguer, M. L. (2017). *La maternidad subrogada en un Estado Social*. Universitat de València: Cátedra.
- Barber Cárcamo R. (2013). La legalización administrativa de la gestación por sustitución en España (Crónica de una ilegalidad y remedios para combatirla). *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 739, 2905-2950.
- Bellver Capella, V. (2017). Tomarse en serio la maternidad subrogada altruista. *Cuadernos de Bioética*, 28 (93), 229-243.
- Benítez Ortuzar, J. I. (1998). *Delitos relativos a la reproducción asistida*. Granada: Comares.
- Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J. (2015). Gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 7 (2), 45-113.
- Comité de Bioética de España (2017). *Informe sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada*. Disponible en: <https://bit.ly/34EaugY>.
- (2020). *Informe sobre el derecho de los hijos nacidos de las técnicas de reproducción humana asistida a conocer sus orígenes biológicos*. Disponible en: <https://bit.ly/3j-GvBnj>.
- De Montalvo Jääskeläinen, F. (2017). Una reflexión sobre la oportunidad de regular la maternidad subrogada desde la perspectiva de la familia como institución garantizada constitucionalmente. *Derecho y Salud*, 27, 26-47.
- De Verda y Beamonte, J. R. (2005). Libertad de procreación y libertad de investigación (algunas reflexiones a propósito de las recientes leyes francesa e italiana sobre reproducción asistida). *Diario La Ley*, 6161, 1-23.
- (2016). Notas sobre la gestación por sustitución en el Derecho Español. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 4, 349-357.
- Delgado Echeverría, J. (2005). El concepto de validez de los actos jurídicos de Derecho privado (Notas de teoría y dogmática). *Anuario de Derecho Civil*, 58 (1), 9-74.
- Díaz Romero, M. R. (2010). La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico. *Diario La Ley*, 7527, 1-15.
- Durán Ayago, A. (2012). El acceso al Registro Civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la Ley 20/2011: relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución. *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 12, 265-308.
- Ekis Ekman, K. (2017). *El ser y la mercancía. Prostitución, vientres de alquiler y disociación*. Barcelona: Bellaterra.

- Emaldi Ciri3n, A. (2018). Surrogacy in Spain and the proposal of a legislative change for its regulation. A global phenomenon in Europe. *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 49, 75-99.
- Farn3s Amor3s, E. (2010). Inscripci3n en Espa1a de la filiaci3n derivada del acceso a la maternidad subrogada en California. *InDret*, 1, 1-25.
- (2015). La Filiaci3n derivada de reproducci3n asistida: voluntad y biolog3a. *Anuario de Derecho Civil*, 68 (1), 5-61.
- (2017). Paradiso y Campanelli c. Italia (II): los casos dif3ciles crean mal derecho. *Revista de Bio3tica y Derecho*, 40, 231-242.
- Fern3ndez-Sancho Tahoces, A. S. (2011). Eficacia jur3dico-registral del contrato de gestaci3n subrogada. *Revista Aranzadi Doctrinal*, 6, 1-13.
- G3lvez Criado, A. (2019). 3Sigue siendo nulo en Espa1a el contrato de gestaci3n subrogada? Una duda razonable. *Diario La Ley*, 9444, 1-24.
- Garc3a Alguacil, M. J. (2016). 3Injerencia justificada del Estado en la determinaci3n de la filiaci3n o de la autonom3a de la voluntad en las relaciones familiares? *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 5, 1-32.
- Garc3a Manrique, R. (2018). La dimensi3n corporal de la ciudadan3a. En R. Garc3a Manrique (coord.). *El cuerpo diseminado. Estatuto, uso y disposici3n de los biomateriales humanos* (pp. 13-32). Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- Garc3a Rubio, M. P. y Herrero Oviedo, M. (2017). Maternidad subrogada: dilemas 3ticos y aproximaci3n a sus respuestas jur3dicas. *Anales de la C3tedra Francisco Su3rez*, 52, 67-89.
- Gonz3lez Carrasco, M. C. (2017). Gestaci3n por sustituci3n: 3Regular o prohibir? *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 22, 117-131.
- Grupo de 3tica y Buena Pr3ctica Cl3nica de la Sociedad Espa1ola de Fertilidad (SEF) (2015). *Propuesta de bases para la regulaci3n en Espa1a de la gestaci3n por sustituci3n*. Disponible en: <https://bit.ly/3mw2dSt>.
- Heredia Cervantes, I. (2013). La Direcci3n General de los Registros y del Notariado ante la gestaci3n por sustituci3n. *Anuario de Derecho Civil*, 66 (2), 688-715.
- Lamm, E. (2012). Gestaci3n por sustituci3n. Realidad y Derecho. *InDret*, 2, 1-49.
- (2013). *Gestaci3n por sustituci3n. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Barcelona: Universidad de Barcelona.
- (2018). Gestaci3n por sustituci3n y g3nero: repensando el feminismo. En R. Garc3a Manrique (coord.). *El cuerpo diseminado. Estatuto, uso y disposici3n de los biomateriales humanos* (pp. 191-220). Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- Lasarte 3lvarez, C. (2012). La reproducci3n asistida y la prohibici3n legal de maternidad subrogada admitida de hecho por v3a reglamentaria. *Diario La Ley*, 7777, 1-15.
- (2018). Acerca de la constitucionalidad, o no, de la maternidad subrogada: Sentencia 225/2018 del Tribunal Constitucional portugu3s. *Dilemata. Revista Internacional de 3ticas Aplicadas*, 28, 137-151.
- Mill, J. S. (1991). *Sobre la libertad y otros escritos*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

- Pereña Vicente, M. (2012). Autonomía de la voluntad y filiación: los desafíos del siglo XXI. *Revista IUS*, 6, (29), 130-149. Disponible en: <https://doi.org/10.35487/rius.v6i29.2012.59>.
- Puleo, A. (2017). Nuevas formas de desigualdad en un mundo globalizado. El alquiler de úteros como extractivismo. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 29, 165-184.
- Quicios Molina, S. (2019). Regulación por el ordenamiento español de la gestación por sustitución: Dónde estamos y hasta dónde podemos llegar. *Revista de Derecho Privado*, 1, 3-46.
- Roca Trías, E. (2015). Dura lex sed lex. O de cómo integrar el interés del menor y la prohibición de la maternidad subrogada. En P. Benavente Moreda y E. Farnós Amorós (coords.). *Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual* (pp. 301-338). Madrid: Boletín del Ministerio de Justicia.
- Romeo Casabona, CM. (2018). Las múltiples caras de la maternidad subrogada: ¿aceptamos el caos jurídico actual o buscamos una solución? *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 49, 15-32. Disponible en: <https://doi.org/10.30860/0034>.
- Salas Carceller, A. (2017). Gestación subrogada. Hacia una ley reguladora. *Revista Aranzadi Doctrinal*, 10, 1-4.
- Salazar Benítez, O. (2017). La gestación por sustitución desde una perspectiva jurídica: algunas reflexiones sobre el conflicto entre deseos y deberes. *Revista de Derecho Político*, 99, 79-120. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/rdp.99.2017.19307>.
- (2018). *La gestación para otros: una reflexión jurídico-constitucional sobre el conflicto de deseos y derechos*. Madrid: Dykinson.
- Sánchez Hernández, C. (2018). Gestación por sustitución: una realidad y dos soluciones en la experiencia jurídica española. *InDret*, 4, 1-45.
- Souto Galván, B. (2005). Aproximación al estudio de la gestación por sustitución desde la perspectiva del Bioderecho. *Foro, Nueva Época*, 1, 275-292.
- Toral Lara, E. (2016). Las últimas reformas en materia de determinación extrajudicial de la filiación: las importantes omisiones del legislador y sus consecuencias. *Derecho Privado y Constitución*, 30, 289-336.
- Urruela Mora, A. (2019). El Derecho y la Bioética ante el fenómeno de la maternidad subrogada. Consideraciones de *lege data* y perspectiva de futuro. *Derecho y Salud*, 29, 113-144.
- Vaquero Pinto, M. J. (2018). ¿Debe admitirse y regularse la gestación por sustitución? En R. Barber Cárcamo, S. Quicios Molina y R. Verdura Server (coords.). *Retos Actuales de la Filiación* (pp. 229-268). Madrid: Tecnos.
- Vela Sánchez, A. J. (2015). *Gestación por encargo: Tratamiento judicial y soluciones prácticas. La cuestión jurídica de las madres de alquiler*. Madrid: Reus.
- (2017). ¿En serio? Yo alucino con el comité. A propósito del «Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada» de 19 de mayo de 2017. *Diario La Ley*, 9035, 1-14.

- (2018a). Y el sueño se convirtió en pesadilla: el Tribunal Constitucional Portugués declara la inconstitucionalidad de la legislación sobre gestación por sustitución (I). *Diario La Ley*, 9237, 1-17.
  - (2018b). Y el sueño se convirtió en pesadilla: el Tribunal Constitucional Portugués declara la inconstitucionalidad de la legislación sobre gestación por sustitución (y II). *Diario La Ley*, 9250, 1-12.
  - (2019). Análisis estupefacto de la Instrucción de la DGRN de 18 de febrero de 2019, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. *Diario La Ley*, 9453, 1-19.
- Vidal Martínez, J. (1998). *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida*. Granada: Comares.