

EL DERECHO Y LA BIOÉTICA ANTE EL FENÓMENO DE LA MATERNIDAD SUBROGADA. CONSIDERACIONES DE *LEGE LATA* Y PERSPECTIVA DE FUTURO

Asier Urruela Mora
Profesor Titular de Derecho Penal
Universidad de Zaragoza

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Algunas precisiones terminológicas. 3. La maternidad subrogada desde la perspectiva jurídica. 3.1 Situación legal en España; 3.2 Perspectiva comparada; 3.3 Incidencia de la diversidad normativa internacional a nivel interno. 4. ¿Hacia un cambio legislativo en materia de maternidad subrogada en España? 4.1. Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación presentada por el Grupo Ciudadanos; 4.2. Propuesta de bases generales para la regulación en España de la gestación por sustitución (Grupo de Ética y Buena Práctica Clínica Sociedad Española de Fertilidad-SEF); 4.3. Proposición de Ley de gestación subrogada de la Asociación para la Gestación Subrogada en España; 4.4. Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada; 4.5. Hacia un nuevo marco legal en materia de maternidad subrogada en España.

RESUMEN

El presente trabajo aborda una de las cuestiones de mayor actualidad en el debate bioético español y comparado, como es la maternidad subrogada. El enfoque metodológico del artículo se funda en un análisis de la realidad subyacente y de su tratamiento legal en España incluyendo la incidencia que en este ámbito ostenta la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A partir de lo anterior se formula una propuesta de cambio normativo en materia de gestación por sustitución en España que permita su legalización bajo condiciones y controles estrictos.

PALABRAS CLAVE

Maternidad subrogada, gestación por sustitución, técnica reproductiva, vientres de alquiler.

ABSTRACT

The paper addresses one of the most current issues in the Spanish and comparative bioethical debate, such as surrogate motherhood. The methodological approach of the article is based on an analysis of the underlying reality of the surrogate motherhood and its legal treatment in Spain, including the incidence in this area of the jurisprudence of the European Court of Human Rights. From the foregoing, a proposal for a normative change regarding surrogate motherhood in Spain is made that allows its legalization under strict conditions and controls.

KEYWORDS

Surrogate motherhood, gestational surrogacy, reproductive technique, surrogacy.

1. INTRODUCCIÓN

La maternidad subrogada o gestación por sustitución constituye una de las cuestiones de mayor actualidad en el marco del debate bioético. En este sentido, conviene comenzar por poner de manifiesto que los avances en el campo de la Biomedicina y las Biotecnologías en las últimas décadas han situado en el eje de la reflexión bioética, entre otros aspectos, aquellos vinculados a los procesos de inicio y final de la vida humana. En este contexto, el desarrollo de las técnicas de reproducción asistida (una de cuyas aplicaciones es la propia gestación por sustitución a la luz del Preámbulo de la Ley 35/1988) ha permitido, por un lado, que numerosas parejas o individuos puedan tener descendencia –posibilidad que en muchos de los referidos casos no existiría de no recurrir a dichos medios técnicos– como, por otro, la evitación de la transmisión de genes deletéreos a las futuras generaciones.

No obstante, y frente a las referidas potencialidades enormemente positivas derivadas del desarrollo de las técnicas de reproducción asistida, las mismas plantean igualmente numerosos interrogantes éticos cuyo estudio resulta fundamental con carácter previo a la implantación de cualquier regulación jurídica sobre el particular. En concreto, una de las modalidades de procreación asistida que ha despertado mayor debate en el seno de la doctrina bioética (tanto nacional como comparada) así como ha dado lugar a regulaciones jurídicas enormemente divergentes en los estados de nuestro entorno ha sido la maternidad subrogada o gestación por sustitución.

El carácter fuertemente controvertido de la misma se pone de manifiesto incluso en la esfera terminológica, siendo habitual que en función de las convicciones morales del que lleva a cabo el análisis se utilicen denominaciones divergentes con la finalidad de legitimarla/deslegitimarla: de esta manera frente a calificativos más neutros como “gestación por sustitución” o “gestación subrogada” se hace referencia en numerosas ocasiones a esta realidad como “vientres de alquiler”, “úteros de alquiler” o similares, expresiones estas últimas con las que se quiere intensificar el sentido comercial atribuido a una parte del cuerpo de la mujer como repositorio para el desarrollo de un proceso gestacional realizado en favor de tercero(s).

Incluso cabe destacar en relación con la referida gestación por sustitución que constituye una de las escasas cuestiones bioéticas en las que el discurso

en relación con la misma no se articula fundamentalmente desde un eje político clásico izquierda/derecha (o de posiciones progresistas frente a conservadoras) y prueba de ello es la relativa convergencia que en la radical censura a la maternidad subrogada¹ se expresa tanto desde posiciones feministas como desde el discurso oficial de la Iglesia Católica. Como tendremos oportunidad de demostrar los referentes argumentales para llevar a cabo un análisis bioético de la gestación por sustitución son fundamentalmente, por un lado, la dignidad de la mujer² (en particular, de las gestantes dada la importante posibilidad de explotación de las mismas en el marco de dicho proceso), el interés superior del menor y la evitación de la cosificación (vía mercantilización) del ser humano, y por otro, la libertad y autonomía individual y el libre desarrollo de la personalidad.

2. ALGUNAS PRECISIONES TERMINOLÓGICAS

Más allá del debate terminológico al que se ha hecho referencia *supra* para aludir a la propia realidad en concreto, y del que prescindiremos aludiendo indistintamente a la misma como maternidad subrogada³, gestación por sustitución o gestación

1 Exponente de dicha visión absolutamente crítica con toda forma de gestación por sustitución en la doctrina bioética es el trabajo de GUERRA-PALMERO, María José: “Contra la mercantilización de los cuerpos de las mujeres. La “gestación subrogada” como nuevo negocio transnacional”, *Dilemata*, 26, 2018, pp. 39 y ss.

2 En todo caso, la referencia al valor dignidad particularmente en el marco del desarrollo de las biotecnologías, obliga a una reflexión previa pues como acertadamente advierte ROMEO CASABONA el cada vez más frecuente recurso al concepto de dignidad nos advierte de los peligros de sus excesiva “manipulación” que podría concluir en vaciar de contenido el valor de la dignidad humana si no se le dota de un marco jurídico de intervención preciso, concreto y razonado y si no se toman primero otros instrumentos jurídicos tales como derechos fundamentales o preceptos constitucionales que aporten, de una manera más o menos precisa, las soluciones jurídicas pretendidas o buscadas. Véase ROMEO CASABONA, Carlos María: *El derecho y la Bioética antes los límites de la vida humana*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994, p. 47.

3 No obstante, resulta oportuna la precisión introducida por Lourdes VELÁZQUEZ quien destaca que la expresión “maternidad subrogada” se emplea de modo inapropiado pues la maternidad no es subrogable (al constituir una realidad que implica una gran riqueza existencial y afectiva en la que el embarazo es sólo uno de los aspectos y se limita a la dimensión biológica) mientras que el embarazo lo puede ser. Véase VELÁZQUEZ, Lourdes: “Algunos aspectos acerca del consentimiento informado en la gestación subrogada”, *Dilemata*, 26, 2018, pp. 15 y s. Sin embargo, y a pesar de lo acertado de la reflexión anterior, dado el grado de generalización de la expresión “maternidad subrogada” no solo a nivel social sino igualmente de la doctrina científica, utilizaré a lo largo del presente trabajo dicha expresión.

subrogada (lo cual en modo alguno presupone por sí mismo una posición personal sobre la aplicabilidad de la misma), existen ciertas precisiones conceptuales que resultan imprescindibles como dato ontológico previo al análisis de la regulación jurídica vigente y al debate bioético.

En primer lugar, y desde el punto de vista de la materialización de la técnica en particular (y correlativamente de la dotación genética del nuevo ser), se suele distinguir entre una gestación subrogada parcial (también denominada tradicional⁴) en la que la gestante aporta igualmente los óvulos por lo que es madre biológica además de gestante. En este caso, el embarazo podría lograrse acudiendo a la inseminación artificial⁵. De cualquier manera, esta modalidad de gestación subrogada plantea dilemas éticos específicos al concurrir en la gestante la condición de madre biológica⁶. Frente a la anterior en la gestación por sustitución total los óvulos proceden o bien de la

4 En este sentido, Lourdes VELÁZQUEZ distingue entre una subrogación tradicional y una subrogación gestacional, estableciendo que el hecho de llamar “tradicional” a la primera modalidad responde a dos razones; por un lado, porque constituía la única forma posible de proceder antes de la llegada de las técnicas modernas de reproducción asistida que implican la transferencia de embriones, y por otro lado, pone en evidencia que tal forma fue practicada en el pasado aunque sin la vertiente de artificialidad. Véase VELÁZQUEZ, Lourdes: “Algunos aspectos acerca del consentimiento informado en la gestación subrogada”, *cit.*, p. 17.

5 Como pone de manifiesto BENÍTEZ ORTUZAR la fecundación in vitro con transferencia de embriones y la transferencia intratubárica de gametos heterólogos mantienen en común como nota diferenciadora respecto a cualquiera de las técnicas de reproducción asistida homólogas y respecto a la inseminación artificial en todo caso, la posibilidad de variabilidad de las maternidades genéticas y gestante. Véase BENÍTEZ ORTUZAR, Ignacio Francisco: “Delitos relativos a la reproducción asistida” en VIDAL MARTÍNEZ, Jaime (Coord.): *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida*, Comares, Granada, 1998, p. 166.

6 Dichos dilemas éticos quedan perfectamente ilustrados en el conocido caso *Baby M.* en el que un matrimonio subrogante que carecía de descendencia previa pues a la esposa le había sido desaconsejado el embarazo por razones médicas, concluyó un acuerdo de subrogación con una mujer casada y con dos hijos, para que aquella fuera inseminada con semen del marido del matrimonio referido con la estipulación de entrega de la niña así concebida tras el parto por parte de la gestante al matrimonio citado. Si bien así se hizo en un primer momento la madre gestante (en la que concurría igualmente la condición de madre biológica al haber aportado su óvulo) se arrepintió posteriormente, procediendo a formular la oportuna reclamación por vía judicial. El Tribunal Supremo del Estado de Nueva Jersey declaró ilícito y nulo el contrato de gestación subrogada celebrado al considerar que implicaba venta de niños y que era ilegal, si bien en el mejor interés del menor se otorgó la custodia de la niña a cargo del matrimonio comitente (con la que ya llevaba conviviendo dos años) y derecho de visita a la gestante (y madre biológica). Crítico con los efectos preventivos de la decisión se muestra ROMEO CASABONA, Carlos María: *El Derecho y la Bioética antes los límites de la vida humana*, *cit.*, p. 252.

madre comitente o de donante por lo que no existe vínculo genético de la gestante con el nacido, siendo en este supuesto obligatorio acudir a la fecundación in vitro⁷.

Desde el punto de vista de su valoración moral particular importancia ostenta la distinción entre gestación por sustitución altruista (en la que la gestante no recibirá ningún tipo de remuneración o indemnización a resultados del proceso no incluyéndose en el concepto de remuneración y, por lo tanto, encontrándose admitida en la opción altruista la compensación económica de los gastos y molestias generadas a la gestante en el marco del proceso reproductivo) frente a una variante comercial o lucrativa en la que se admite el pago a la gestante más allá de la compensación económica por las molestias referida.

En cuanto a los sujetos intervinientes se diferencia, por un lado, a la gestante que desarrollará el embarazo en su útero con el compromiso de entregar el fruto de la concepción a (un) tercero(s) y el/los comitente(s) o madre(s)/padre(s) de intención que son aquellos que, con independencia de la situación legal generada en cada caso (en función de circunstancias como el lugar de nacimiento del niño) son aquellos que ostentan la voluntad de actuar y constar legalmente (filiación) como padres del nuevo ser.

Finalmente, y siguiendo a RODRÍGUEZ DÍAZ⁸ cabe realizar un breve repaso histórico a la gestación por sustitución. En este sentido, la primera gestación subrogada gestacional fue publicada en el año 1985 por Utian, produciéndose el nacimiento en abril de 1986 en Michigan (Estados Unidos), siendo la niña concebida a partir del semen y óvulo de sus padres biológicos gracias a una Fecundación in Vitro llevada a cabo en el centro médico Mount Sinai (Cleveland).

7 PÉREZ MONGE expone la dinámica del proceso de gestación por sustitución tal como se desarrolla en el Instituto Valenciano de Fertilidad (IVI). En este caso, el referido centro ofrece los medios necesarios (médicos y contactos con clínicas americanas) a la pareja española para que sus gametos puedan ser gestados por una mujer americana. La mujer española y la americana comienzan los tratamientos en sus respectivos países. En el momento adecuado el matrimonio español viaja a los Estados Unidos para aportar sus gametos. Tras la realización de la fecundación in vitro se implantan el o los embriones en la gestante, tras lo cual la pareja española retorna a nuestro país. Finalmente, en el momento en el que termina la gestación el matrimonio español viaja de nuevo a EEUU y regresa con el o los hijos. Véase PÉREZ MONGE, Marina: *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*, Editorial Centro de Estudios Registrales, 2002, p. 364.

8 Véase RODRÍGUEZ DÍAZ, Rubí Nieves: “Subrogación uterina: aspectos médicos”, *Dilemata*, 26, 2018, pp. 2 y s.

En dicho supuesto a la madre biológica de 37 años se la había realizado una histerectomía por lo que fue una amiga de 22 años y madre de dos hijos la que gestó el feto. En cuanto a la primera gestación subrogada llevada a cabo en el marco de la misma familia, esta tuvo lugar en Sudáfrica en 1987, gestando Pat Anthony de 48 años a sus propios nietos para su hija de 25 años a la que se le había extirpado el útero a resultas de una hemorragia postparto severa.

3. LA MATERNIDAD SUBROGADA DESDE LA PERSPECTIVA JURÍDICA

3.1 Situación legal en España

a) Aspectos legislativos

España ha sido uno de los países pioneros a nivel internacional en la regulación de las técnicas de reproducción asistida, siendo en este ámbito la normativa española y la reflexión previa y derivada de la misma referente en numerosos estados. En este sentido, ya la primigenia ley de técnicas de reproducción asistida (Ley 35/1988) contemplaba la maternidad subrogada, disponiéndose expresamente en su Preámbulo que “en esta Ley se hace referencia a dos previsibles aplicaciones de estas técnicas de Reproducción Asistida, en nuestra Nación: la gestación de sustitución y la gestación en la mujer sola; posibilidades que llevan a interrogar si existe un derecho a la procreación⁹; si este derecho es absoluto y debe satisfacerse por encima de conflictos entre las partes consideradas insalvables, de extracción ética, o porque chocan contra el bien común que el Estado debe proteger; o finalmente, en el caso de la gestación de sustitución, si las partes pueden disponer libremente en los negocios jurídicos del Derecho de Familia, aun en el supuesto de un contrato o acuerdo previo entre ellas. Son sin duda dos aplicaciones de las técnicas de Reproducción Asistida en las que las divergencias de opinión serán más marcadas, y cuya valoración jurídica resulta dificultosa, no sólo en nuestra Nación, como lo aprueban las informaciones foráneas. No obstante, desde el respeto a los derechos de la mujer a fundar su propia familia en los términos que establecen los acuerdos y pactos internacionales garantes

de la igualdad de la mujer, la Ley debe eliminar cualquier límite que socave su voluntad de procrear y constituir la forma de familia que considere libre y responsablemente”. En aplicación de la argumentación contenida en el referido preámbulo el art. 10 Ley 35/1988 sobre técnicas de reproducción asistida ya preveía la nulidad de pleno derecho de todo contrato por el que se convenga la gestación (con o sin precio) a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna en favor del contratante o de un tercero, quedando la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución determinada por el parto. No obstante, el art. 10.3 Ley 35/1988 dejaba a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico conforme a las reglas generales. Esta última previsión es la que abre la puerta al reconocimiento de la filiación del hijo respecto del padre comitente, cuando este ha puesto material genético en el proceso (mediante la utilización del semen del comitente en el marco de la respectiva técnica reproductiva utilizada para generar el embrión).

El art. 10 Ley 35/1988 ha mantenido su dicción literal en el marco de la norma que derogó la mencionada Ley de técnicas de reproducción asistida: la actualmente vigente Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida cuyo art. 10 (gestación por sustitución) reproduce miméticamente la dicción del antiguo art. 10 Ley 35/1988. Ello implica, en primer lugar, que en el cambio de marco normativo en materia de técnicas de reproducción asistida, el legislador español (a diferencia de lo que ha ocurrido con otras cuestiones debatidas vinculadas con las referidas técnicas tales como la utilización de preembriones sobrantes para fines de investigación o la crioconservación de óvulos por sólo citar algunos ejemplos) no ha modificado su primigenio criterio expresado en la versión inicial de la Ley 35/1988 con respecto a la maternidad subrogada.

Una de las cuestiones fundamentales a la hora de analizar el contexto legal español en materia de gestación por sustitución es la determinación de las implicaciones desde el punto de vista jurídico de la propia maternidad subrogada.

En este sentido, procede comenzar por poner de manifiesto que lo que prescribe el art. 10.1 de la actualmente vigente Ley 14/2006 es la nulidad de pleno derecho de todo contrato de gestación por subrogación. No obstante, ello no implica que nos encontremos ante una técnica prohibida puesto que como ponen de manifiesto acertadamente autores como

⁹ Señala que la Exposición de Motivos Ley 35/1988 ya se plantea la existencia del derecho a procrear BENÍTEZ ORTUZAR, véase BENÍTEZ ORTUZAR, Ignacio Francisco: *Aspectos jurídico-penales de la reproducción asistida y la manipulación genética humana*, EDERSA, Madrid, 1997, p. 191.

ROMEO CASABONA¹⁰ o ATIENZA¹¹ ningún ilícito específico se ha previsto (ni en la Ley 14/2006 ni en el conjunto del ordenamiento jurídico) para el supuesto de realización de la referida técnica¹². La nulidad prescrita en el art. 10 Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida ostenta primaria y fundamentalmente efectos civiles, y da lugar a la determinación de la filiación del nacido con arreglo a los criterios determinados en los arts. 10.2 y 10.3 Ley 14/2006 (la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto, quedando a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales). Ello implica, que en caso de llevarse a cabo la técnica en España (como veremos *infra* distinta es la solución de facto a la que se llega de practicarse la gestación por sustitución en lugares como California al amparo del criterio establecido en la Instrucción 5 de octubre de 2010 Dirección General de los Registros y del Notariado –en adelante, DGRN–), la gestante sería la madre a efectos legales mientras que el comitente que hubiera aportado el semen podría reclamar la paternidad.

b) La maternidad subrogada desde la perspectiva del Derecho Penal

No obstante lo anterior, y a pesar de lo acertado de la afirmación de que la gestación por sustitución por sí misma no se encuentra actualmente prohibida en España¹³ (a diferencia de lo que ocurre en estados

¹⁰ Véase ROMEO CASABONA, Carlos María: *El Derecho y la Bioética antes los límites de la vida humana*, cit., p. 251.

¹¹ Véase ATIENZA, Manuel: “De nuevo sobre las madres de alquiler”, *El Notario del siglo XXI*, 27, sept-oct 2009, p. 52.

¹² Así lo pone de manifiesto igualmente D. Francisco Javier GÓMEZ GALLIGO, Director General de los Registros y del Notariado, en el marco de su comparecencia ante la Comisión de Igualdad del Congreso de los Diputados para explicar la evolución de la aplicación de la Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la DGRN, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución (alquiler de vientre), a petición del Grupo Parlamentario Socialista (Nº de expediente 212/000850), Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, Comisiones, Núm. 394, 29 de noviembre de 2017, p. 22.

¹³ No obstante, y siguiendo a ROMEO CASABONA, procede poner de manifiesto que en el marco de los trabajos preparatorios de la legislación española en materia de reproducción asistida de finales de la década de los 80 del pasado siglo se establecían previsiones diferentes en este punto. En este sentido, en 1985 se constituyó en el seno del Congreso de los Diputados la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación “in vitro” y la Inseminación Artificial Humanas presidida por el Diputado Marcelo Palacios, en la que se integraron representantes de todos los grupos parlamentarios y que fue asistida por expertos de distintas especialidades. El presidente de la Comisión redactó un Informe final, conocido como Informe Palacios en el que, además de abordar distintos aspectos vinculados con

como Alemania, donde la realización de dicha técnica implica un ilícito penal castigado con pena de prisión de hasta 3 años o con multa) procede poner de manifiesto oportunamente que si la práctica de dicha técnica va seguida de determinados actos dirigidos fundamentalmente a alterar fraudulentamente la filiación del recién nacido ello puede dar lugar eventualmente a la aplicación –en función de la conducta, en su caso, concurrente– de diversos preceptos incardinados en el Capítulo II (De la suposición de parto y de la alteración de la paternidad, estado o condición del menor), Título XII (Delitos contra las relaciones familiares), Libro II CP: en concreto, se trataría de los arts. 220.1 Código Penal (suposición de parto), así como de los arts. 220.2 (ocultamiento o entrega a terceros de un hijo para alterar o modificar su filiación) o 221 Código Penal (entrega a otra persona de un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concorra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, mediando compensación económica con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación) en concurso con las falsedades documentales producidas en virtud de la conducta concurrente¹⁴. En este último caso (art. 221), la punibilidad se extendería igualmente a los intermediarios en virtud del art. 221.2 Código Penal.

En relación con el conjunto de las figuras delictivas referidas procede comenzar por poner de manifiesto siguiendo a BENÍTEZ ORTUZAR¹⁵ que la relevancia penal de la maternidad subrogada vendrá marcada por el hecho de llevar a cabo en el marco del art. 220 CP un acto tendente a alterar la filiación del nuevo individuo que nazca¹⁶ (objeto de

la reproducción humana, se concluía con un conjunto de 155 Recomendaciones junto con unas sugerencias de algunos grupos parlamentarios a modo de votos particulares. En concreto, el llamado Informe Palacios preveía como Recomendación el establecimiento como infracción penal de la participación en un contrato de gestación por sustitución, incluidas las personas, agencias o instituciones que las favorezcan, así como los médicos que practiquen estas intervenciones (Recomendación 116). Véase ROMEO CASABONA, Carlos María: *El Derecho y la Bioética antes los límites de la vida humana*, cit., p. 227.

¹⁴ Trata de ilustrar el drama de la intervención penal en este ámbito VELA SÁNCHEZ, véase VELA SÁNCHEZ, Antonio J.: “Crimen en el bar”, *Diario La Ley*, 9056, 6 de octubre de 2017.

¹⁵ Véase BENÍTEZ ORTUZAR, Ignacio Francisco: “Delitos relativos a la reproducción asistida”, *cit.*, pp. 170 y s.

¹⁶ Por otro lado, destaca acertadamente BENÍTEZ ORTUZAR que la alteración de la filiación en relación con los supuestos de maternidad subrogada deja de tener un fin primordialmente económico (como era el caso en el pasado, cuando dicha alteración de la filiación se orientaba fundamentalmente a la protección esencialmente de derechos de carácter económico –básicamente sucesorios–), mientras que en la actualidad

determinación en función de la legislación civil vigente en cada momento) o alternatively en el art. 221 CP de establecer una relación análoga a la filiación. En definitiva, la conclusión de un contrato de gestación por sustitución no tiene *per se*, relevancia penal alguna salvo que vaya acompañado de otros actos llevados a cabo con la finalidad referida (alteración de la filiación).

En el marco de dichos tipos penales, el primer precepto que puede venir en aplicación lo constituye el de suposición de parto tipificado en el art. 220.1 CP, castigada con pena de prisión de 6 meses a dos años. La acción vendría integrada por la simulación de haber dado a luz a un niño vivo, siendo sujeto activo exclusivamente la mujer que finge el parto (por lo que el resto de los intervinientes ostentarían, en su caso, y en función de las contribuciones respectivas la condición de meros partícipes), mientras sujeto pasivo lo sería el niño cuyo estado civil se altera¹⁷. Lo habitual es que sea la madre comitente la que incurra en el delito de suposición de parto del art. 220.1 CP con la finalidad de hacer pasar como propio un hijo gestado por otra mujer que no desea conservarlo tras el nacimiento, por lo que la referida madre de deseo puede fingir el proceso gestacional y el ulterior parto. Procede recordar que a efectos civiles al amparo del art. 10 LTRA se establece la nulidad de pleno derecho de todo contrato por el que se convenga la gestación (con o sin precio) a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna en favor del contratante o de un tercero, quedando la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución determinada por el parto. En todo caso, el delito se consuma con la simulación del parto referida, no siendo necesaria la inscripción del niño con la falsa filiación en el Registro Civil¹⁸. De

el deseo de ser madre o padre, incluso a través de otra mujer, constituye el motivo esencial de la alteración de la filiación de un nacido a través de dichas técnicas. Véase BENÍTEZ ORTUZAR, Ignacio Francisco: "Delitos relativos a la reproducción asistida", *cit.*, p. 174.

17 Véase MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho Penal. Parte Especial*, 21ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 279 y s.; MENDOZA BUERGO, Blanca: "Sección 2ª. Suposición de parto y alteración de la paternidad, estado o condición del menor", *Memento Práctico Penal 2016*, Francis Lefebvre, 2015, pp. 1092 y ss.; RAMÓN RIBAS, Eduardo: "Capítulo II. De la suposición de parto y de la alteración de la paternidad, estado o condición del menor" en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Director)/MORALES PRATS, Fermín (Coordinador): *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 10ª edición, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 561 y s.

18 No obstante, conviene poner de manifiesto que la jurisprudencia ha exigido tradicionalmente, por un lado, que el juicio valorativo sobre la antijuridicidad se determine no solamente con el sentir general del grupo, de acuerdo con la norma

darse esto último nos hallaríamos ante un concurso de delitos entre el art. 220.1 CP y el de falsedad en documento público¹⁹.

Desde la perspectiva de la gestante en el marco de la maternidad subrogada los preceptos penales que, de ordinario pueden venir en aplicación (recordemos que la formalización de un contrato de gestación por sustitución no ostenta de suyo consecuencias jurídico-penales en España) son los arts. 220. 2 y 221 CP. El art. 220.2 CP prevé la pena de prisión de 6 meses a dos años (misma pena que la del art. 220.1 CP) para el que entregare u ocultare a terceros un hijo para alterar u ocultar su filiación. Nos hallamos ante un tipo mixto alternativo (cabén dos modalidades de conducta constituidas por la entrega del hijo o su ocultación) que exige un elemento subjetivo de lo injusto específico constituido por la finalidad de alterar u ocultar la filiación del niño (delito de resultado cortado no siendo necesario que se produzca la efectiva alteración del estado civil²⁰). En todo caso, nos hallamos ante un delito especial propio en el que sujeto activo únicamente pueden serlo los padres del menor²¹. En definitiva, si la gestante entrega el niño al/a los comitente(s) con la finalidad de modificar la filiación (no olvidemos que de acuerdo con la legislación civil vigente la filiación vendrá determinada por el parto en el marco de la gestación por sustitución, por lo que madre a efectos legales será aquella que dio a luz) ello conllevará, en principio, que incurrirá en el tipo del art. 220.2 CP salvo cuando medie contraprestación económica, en cuyo caso el tipo de referencia vendrá constituido por el art. 221 CP. De

social de convivencia humana, sino también con el relativo a la filiación y elementos específicos que caracterizan el parto en sí, mientras que a nivel subjetivo el TS exige el ánimo tendencial de modificar el estado civil del nacido. En este sentido, véase STS (Sala de lo Penal) de 6 de junio de 1980 (RJ 1980/2512).

19 Véase BENÍTEZ ORTUZAR, Ignacio Francisco: "Delitos relativos a la reproducción asistida", *cit.*, pp. 180 y s.; MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho Penal. Parte Especial*, *cit.*, p. 280; MENDOZA BUERGO, Blanca: "Sección 2ª. Suposición de parto y alteración de la paternidad, estado o condición del menor", *cit.*, pp. 1092 y ss.

20 De producirse la referida inscripción habrá de apreciarse el oportuno concurso de delitos con las falsedades documentales.

21 De esta manera los padres de un niño que lo entregan con el fin de alterar o modificar la filiación del hijo en el contexto de una suposición de parto serán cooperadores necesarios del delito del art. 220.1 CP y autores del delito del art. 220.2 CP (concurso de leyes a resolver en virtud del criterio de especialidad en favor del art. 220.2 CP). Véase RUEDA MARTÍN, María Ángeles: "Capítulo 14. Delitos contra las relaciones familiares", en ROMEO CASABONA, Carlos María/SOLA RECHE, Esteban/BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel (Coords.): *Derecho Penal. Parte Especial*, Comares, Granada, 2016, p. 306.

acuerdo con este último precepto los que, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concurra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación, serán castigados con las penas de prisión de uno a cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a 10 años. En virtud del apartado 2º art. 221 CP se prevé la misma pena para la persona que reciba al niño²² y para el intermediario, aunque la entrega del menor se hubiera efectuado en país extranjero²³.

El mencionado art. 221 CP tipifica el tráfico de menores o compraventa de niños por lo que en el núcleo del injusto se sitúa la compensación económica²⁴. Ello implica que en defecto de la misma no podrá venir en aplicación el referido tipo²⁵. Junto con el dato anterior, la gran diferencia en el plano

22 En todo caso, la concurrencia del delito del art. 221 CP excluye la aplicación del delito de suposición de parto, pues en caso de concurrir el primero (fundamentalmente por estar presente la contraprestación económica) y en la concurrencia del resto de elementos típicos será aquel de aplicación (no sólo al que entrega, sino al que recibe al menor –aunque lleve a cabo una simulación de alumbramiento– y al intermediario) excluyendo la aplicación del art. 220.1 CP. Véase RAMÓN RIBAS, Eduardo: “Capítulo II. De la suposición de parto y de la alteración de la paternidad, estado o condición del menor”, *cit.*, p. 571.

23 Esta extensión de la punibilidad de la conducta incluso cuando se realice fuera de las fronteras españolas únicamente se extiende, por expreso mandato legal, al que recibe al menor y al intermediario, pero no al que lo entrega, lo cual ha merecido críticas doctrinales. Véase MENDOZA BUERGO, Blanca: “Sección 2ª. Suposición de parto y alteración de la paternidad, estado o condición del menor”, *cit.*, p. 1100;

24 MUÑOZ CONDE pone de manifiesto que es en el concepto de compensación económica sobre el que descansa la desaprobación penal del acto tipificado. MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho Penal. Parte Especial*, *cit.*, p. 281. Por otro lado, el concepto de compensación económica debe entenderse en un sentido amplio, siempre que sea susceptible de valoración pecuniaria incluyendo pagos en especie, obtención de un puesto de trabajo, etc., véase RUEDA MARTÍN, María Angeles: “Capítulo 14. Delitos contra las relaciones familiares”, *cit.*, p. 307; MENDOZA BUERGO, Blanca: “Sección 2ª. Suposición de parto y alteración de la paternidad, estado o condición del menor”, *cit.*, p. 1100.

25 Incluso BENÍTEZ ORTUZAR matiza en mayor medida este dato planteando dos posibles situaciones en relación con el particular: en caso de que la cantidad económica se entregue como indemnización por los perjuicios ocasionados a la mujer durante los meses de gestación y de sometimiento a las técnicas de reproducción asistida entiende el citado autor que no concurre el tipo del art. 221 CP. Por otro lado, si tras el nacimiento se produce el desembolso de una cantidad económica en compensación por la entrega del hijo se estaría realizando el tipo de referencia. Véase BENÍTEZ ORTUZAR, Ignacio Francisco: “Delitos relativos a la reproducción asistida”, *cit.*, p. 189.

objetivo entre el art. 220.2 CP y el mentado art. 221 CP se sitúa en el círculo de sujetos activos (y pasivos correlativos), constituido por los padres exclusivamente (debiendo ser el sujeto pasivo en consecuencia hijo) en el primer caso y tratándose de un delito común (susceptible de ser cometido por cualquiera) en el segundo²⁶. No obstante, en los supuestos de maternidad subrogada comercial la presencia de la referida retribución económica abriría en principio la puerta a la aplicación del mencionado art. 221 CP siempre que concurren los restantes elementos exigidos por el referido tipo penal. En relación con los casos de maternidad subrogada practicada en el extranjero y pese a que el art. 221.2 CP establece la punibilidad de la conducta incluso cuando la misma se realice fuera de las fronteras españolas, conviene aclarar que, de ordinario, las parejas o individuos españoles que llevan a cabo una gestación de sustitución fuera de nuestras fronteras lo hacen en países donde la normativa civil de referencia establece –incluso en el marco de la modalidad comercial– la filiación en favor de los comitentes, por lo que no se lleva a cabo alteración alguna de dicha realidad legal al amparo de la normativa de los países de origen.

En definitiva, si bien la gestación por sustitución no constituye una práctica formalmente prohibida por sí misma, debemos partir de la nulidad de pleno derecho prescrita por el art. 10.1 Ley 14/2006 de cualquier 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, lo cual ostentará importantes consecuencias legales (primariamente jurídico-civiles fundamentalmente en materia de filiación que, en función de eventuales conductas ulteriores 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).

c) Casos de práctica extraterritorial de la maternidad subrogada por parte de españoles

Las restricciones provocadas por el criterio impuesto en España por el art. 10 Ley 14/2006 han conducido a que un gran número de españoles hayan recurrido en los últimos años al desarrollo de su proyecto reproductivo a través del recurso a dicha

26 MENDOZA BUERGO, Blanca: “Sección 2ª. Suposición de parto y alteración de la paternidad, estado o condición del menor”, *cit.*, p. 1100.

técnica en estados en los que la misma se encuentra legalizada (incluso, en algunos casos, en su modalidad comercial). Ello ha planteado la cuestión a nivel interno español, cuando dichos individuos/parejas han pretendido invocar la filiación establecida en su favor en el extranjero al objeto de que su condición de padres legales sea reconocida en España.

En este sentido, cabe citar por un lado diferentes instrucciones y resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado así como diferentes resoluciones judiciales relevantes de cara a perfilar las consecuencias jurídicas (fundamentalmente en materia de filiación) en España de un contrato de gestación subrogada celebrado en el extranjero²⁷.

Un primer hito en este proceso lo constituyó la Resolución DGRN de 18 de febrero de 2009 que resuelve el recurso planteado por una pareja española homosexual que había recurrido a la maternidad subrogada en California fruto de lo cual nacieron mellizos en 2008 (procediendo, en este caso, los gametos por un lado de uno de los comitentes –semen– y, por otro lado, de donante –ovocitos–). Los hechos concretos que integran el caso son los siguientes: mediante escrito presentado en el Registro Civil Consular de Los Ángeles (Estados Unidos), dos ciudadanos españoles solicitan la inscripción de nacimiento de sus hijos mellizos nacidos en California (Estados Unidos) el 24 de octubre de 2008 mediante “gestación de sustitución”. El Encargado del Registro Civil Consular, mediante auto de fecha 10 de noviembre de 2008, deniega lo solicitado por los interesados, con invocación de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida, cuyo artículo 10.1 establece una categórica prohibición de la denominada “gestación de sustitución” con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero, y cuyo artículo 10.2 establece que la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto (por lo tanto, la mujer que da a luz en virtud de un contrato de gestación por sustitución que nuestro Derecho no reconoce como válido, será

considerada como madre legal del niño)²⁸. Notificados los interesados, éstos interponen recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, solicitando la inscripción de los menores en el Registro Civil español. La Resolución DGRN estima el recurso y ordena que se proceda a la inscripción en el Registro Civil Consular del nacimiento de los menores que consta en la certificación registral extranjera presentada, con las menciones de filiación constantes en la certificación registral aportada, de la que resulta que son hijos de la pareja comitente española. La DGRN funda su resolución en el hecho de que concurre una inscripción del nacimiento mediante presentación de la correspondiente certificación registral extranjera en la que consta el nacimiento y la filiación del nacido (y no de una inscripción del nacimiento por declaración) por lo que, al constituir la certificación extranjera una decisión la cuestión que se plantea es la del acceso de las certificaciones registrales extranjeras al Registro (español). De acuerdo con el art. 81 Reglamento del Registro Civil las certificaciones extranjeras deben superar un control de legalidad, lo cual no exige que la autoridad registral extranjera haya resuelto el caso como lo habría resuelto una autoridad registral española. El referido control de legalidad se compone de los siguientes elementos; en primer lugar, se exige que la certificación registral extranjera sea un documento “público”, esto es, un documento autorizado por una autoridad extranjera. En segundo lugar, se requiere también que la certificación registral extranjera haya sido elaborada y adoptada por una autoridad registral extranjera que desempeñe funciones equivalentes a las que tienen las autoridades registrales españolas. En tercer lugar, se deduce del art. 81 del Reglamento del Registro Civil la necesidad de un control de legalidad del acto contenido en la certificación registral extranjera, es decir, se exige que la certificación registral extranjera no produzca efectos contrarios al orden público internacional español.

27 Procede poner de manifiesto que el desarrollo jurisprudencial y por parte de la Dirección General de los Registros y del Notariado que se expondrá en las próximas páginas ha respondido fundamentalmente al estímulo procesal generado por lo que SALES PALLARÉS denomina “caso 0” que, como afirma dicha autora, supuso el inicio de un largo proceso comenzado por la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009. Véase SALES PALLARÉS, Lorena: “La iniciativa legislativa popular para la regulación de la gestación por subrogación en España: un estudio desde la función del notario en el contrato de gestación por sustitución”, *Revista de Derecho privado*, nº 31, julio-diciembre de 2016, p. 91.

28 En relación con la posición sostenida por un sector de la doctrina consistente en considerar que la filiación de los menores nacidos en virtud de un contrato de gestación por sustitución en el extranjero y acreditada en otro Estado debe determinarse en todo caso con arreglo al Derecho sustantivo español (fundamentalmente, con base en el art. 10.1 Ley 14/2006), CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ hablan de una tesis legeforista (que califican como “El Derecho español a la conquista del mundo”) cuya incorrección ponen de manifiesto con base en su falta de encaje con la regulación positiva de Derecho internacional privado aplicable en España. Véase CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis/CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier: “Gestación por sustitución y Derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 7, Nº 2, 2015, pp. 54 y ss.

En relación con el ajuste al orden público internacional español de la certificación registral californiana presentada, la DGRN concluye que la certificación registral extranjera no vulnera dicho orden público internacional pues no lesiona los principios jurídicos básicos del Derecho español que garantizan la cohesión moral y jurídica de la sociedad española. Para ello la DGRN se funda en los siguientes argumentos:

- En primer término, la DGRN considera que la inscripción en el Registro Civil español del nacimiento y de la filiación de los nacidos en California en favor de dos sujetos varones no vulnera el orden público internacional español ya que también en Derecho español se admite la filiación en favor de dos varones en casos de adopción, sin que quepa distinguir entre hijos adoptados e hijos naturales, ya que ambos son iguales ante la Ley (art. 14 de la Constitución española). Si la filiación de un hijo adoptado puede quedar establecida en favor de dos sujetos varones, idéntica solución debe proceder también en el caso de los hijos naturales.
- En segundo término, la DGRN aporta el argumento de que en Derecho español se permite que la filiación de un hijo conste en el Registro Civil a favor de dos mujeres, personas del mismo sexo (art. 7.3 de la Ley 14/2006). Por esta razón, no permitir que la filiación de los nacidos conste en favor de dos varones resultaría discriminatorio por una razón de sexo, lo que está radicalmente prohibido por el art. 14 de la Constitución Española de 27 diciembre 1978.
- En tercer lugar, el interés superior del menor aconseja proceder a la inscripción en el Registro civil español de la filiación que figura en el Registro extranjero y en la certificación registral extranjera a favor de dos mujeres o dos varones. En efecto, en el caso de rechazar la inscripción de la filiación en el Registro Civil español, podrían resultar que los hijos, de nacionalidad española, quedarían privados de una filiación inscrita en el Registro Civil. Ello vulnera el art. 3 de la Convención sobre los derechos del niño hecha en Nueva York el 20 noviembre 1989, en vigor para España desde el 5 enero 1991, cuyo texto indica que: “1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. 2. Los Estados Partes

se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.” Denegar la inscripción en el Registro Civil español de la certificación registral extranjera vulnera también el citado precepto por cuanto el interés superior de los menores, recogido en el art. 3 de la citada Convención sobre los derechos del niño hecha en Nueva York el 20 noviembre 1989, exige que éstos queden al cuidado de los sujetos que han dado su consentimiento para ser padres, ya que ello constituye el ambiente que asegura al niño “la protección y el cuidado que [son] necesarios para su bienestar”.

- En cuarto lugar, debe recordarse que el “interés superior del menor” al que alude el antes citado art. 3 de la Convención sobre los derechos del niño hecha en Nueva York el 20 noviembre 1989 se traduce en el derecho de dicho menor a una “identidad única”, como ha destacado recientemente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE 2 octubre 2003, caso G. A., STJUE 14 octubre 2008, caso G. -P.). Este derecho de los menores a una identidad única se traduce en el derecho de tales menores a disponer de una filiación única válida en varios países, y no de una filiación en un país y de otra filiación distinta en otro país, de modo que sus padres sean distintos cada vez que cruzan una frontera. La inscripción de la certificación registral californiana en el Registro Civil español es el modo más efectivo para dar cumplimiento a este derecho de los menores a su identidad única por encima de las fronteras estatales. Esta jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea presenta un valor supracomunitario, ya que no se trata, meramente, de subrayar el derecho a la identidad única de los ciudadanos comunitarios, sino que se trata de una jurisprudencia que destaca el derecho a una identidad única referido a los menores. Ello encaja con el interés superior del menor recogido en el art. 3 de la Convención sobre los derechos del niño hecha en Nueva York el 20 noviembre 1989.
- En quinto lugar, es preciso recordar que en el Derecho español, la filiación natural no se determina necesariamente por el hecho de la “vinculación genética” entre los sujetos implicados, como se deduce del antes citado art. 7.3 de la Ley 14/2006, precepto que permite que la

filiación natural de un hijo conste en el Registro Civil a favor de dos mujeres, personas del mismo sexo. Por ello, no existen obstáculos jurídicos a la inscripción en el Registro Civil español de una certificación registral extranjera que establezca la filiación en favor de dos varones españoles.

- En sexto lugar no cabe afirmar que los interesados han llevado a cabo un fraude de Ley²⁹, fenómeno al que aluden el art. 12.4 del Código Civil para los casos internacionales y, en general, el art. 6.4 del Código Civil. Los interesados no han utilizado una “norma de conflicto” ni tampoco cualquier otra norma con el fin de eludir una ley imperativa española. No se ha alterado el punto de conexión de la norma de conflicto española, mediante, por ejemplo, un cambio artificioso de la nacionalidad de los nacidos para provocar la aplicación de la Ley de California mediante la creación de una conexión existente pero ficticia y vacía de contenido con el Estado de California. Y tampoco se puede estimar que los interesados hayan incurrido en el conocido como “Forum Shopping fraudulento” al haber situado la cuestión de la determinación de la filiación en manos de las autoridades californianas con el fin de eludir la ley imperativa española. En efecto, la certificación registral californiana no es una sentencia judicial que causa estado de cosa juzgada y que se intenta introducir en España para provocar un estado inalterable de filiación oponible *erga omnes*. Dicho aspecto debe ser vinculado con el interés del menor, que es un interés “superior” (vid. de nuevo el citado art. 3 de la Convención sobre los derechos del niño hecha en Nueva York el 20 noviembre 1989), de forma, modo y manera que dicho interés se impone sobre cualquiera otra consideración en juego, tal y como podría ser la represión de movimientos presuntamente fraudulentos a los que, por cierto, el auto recurrido denegatorio de la inscripción ni siquiera se ha referido. Y el interés superior del menor exige la continuidad espacial de la filiación y la coherencia internacional de la misma, así como un respeto ineludible del derecho a la identidad única de los menores que prevalece, en todo caso, sobre otras consideraciones.

- En séptimo lugar, es indudable que los contratos de gestación por sustitución son nulos de

pleno derecho en virtud de la legislación española (véase art. 10.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida). Es indudable también que “la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto” (art. 10.2 de la Ley 14/2006). Ahora bien, dicho precepto no es aplicable de acuerdo con la Resolución de la DGRN al presente caso, ya que no se trata de determinar la filiación de los nacidos en California, pues no procede determinar el “Derecho aplicable” a la filiación y tampoco procede determinar la filiación de tales sujetos. Se trata, por el contrario, de precisar si una filiación ya determinada en virtud de certificación registral extranjera puede acceder al Registro Civil español. Tampoco se pretende, de ningún modo, con la inscripción en el Registro Civil de la certificación registral californiana de nacimiento de los nacidos, la ejecución o el cumplimiento de un presunto contrato de gestación por sustitución. Es claro que la certificación registral californiana se expide a los solos efectos de acreditar la identidad de los nacidos, y establece una presunción de paternidad que puede ser destruida por sentencia judicial. En todo caso, la inscripción en el Registro Civil español de la certificación registral californiana surte los efectos jurídicos señalados por las leyes registrales españolas (art. 2 Ley del Registro Civil). Por ello, cualquier parte legitimada puede impugnar el contenido de dicha inscripción ante los Tribunales españoles en la vía civil ordinaria. En tal caso, los Tribunales españoles establecerán de modo definitivo la filiación de los nacidos. Por tanto, la certificación registral extranjera no produce efectos jurídicos de “cosa juzgada”. Y debe también subrayarse que en la certificación registral expedida por las autoridades californianas no consta en modo alguno que el nacimiento de los menores haya tenido lugar a través de gestación por sustitución. En la disyuntiva de dejar a unos menores que son indudablemente hijos de ciudadano español (art. 17.1 del Código Civil) sin filiación inscrita en el Registro Civil y admitir una situación de no certeza en la filiación de los menores en la que dichos menores cambiarían de filiación cada vez que cruzan la frontera de los Estados Unidos con destino a España y viceversa, lo que vulneraría el art. 3 de la Convención sobre los derechos del niño hecha en Nueva York el 20 noviembre 1989, o de permitir la inscripción en el Registro Civil español de la filiación determinada en virtud de la certificación californiana, siempre es preferible proceder a

29 Considera, por el contrario, que nos encontramos ante el referido fraude de ley PÉREZ MONGE, Marina: “Cuestiones actuales de la maternidad subrogada en España: regulación *versus* realidad”, *Revista de Derecho Privado*, 94, 2010, p. 54.

dicha inscripción en nombre del “interés superior del menor”.

La resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009 fue objeto de recurso por parte del Ministerio Fiscal, procediendo la Sentencia núm. 193/2010 de 15 de septiembre del Juzgado de Primera Instancia de Valencia (AC\2010\1707) a dejar sin efecto la inscripción de nacimiento realizada en el Registro Civil Consular de Los Ángeles y a la cancelación de la referida inscripción. Tras presentarse el oportuno recurso de apelación por parte de los padres de intención la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Valencia fue confirmada por la Sentencia núm. 826/2011, de 23 de noviembre, de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 10ª). Finalmente, e interpuesto recurso de casación ante el Tribunal Supremo, este mediante la Sentencia de la Sala de lo Civil núm. 835/2014, de 6 de febrero (RJ\2014\833) confirmó la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia empleando una serie de argumentos vinculados a la configuración del orden público internacional español, a la posible existencia de discriminación por razón de sexo u orientación sexual y al interés superior del menor³⁰.

Con respecto al primer punto citado, el TS entiende que las normas que regulan los aspectos fundamentales de la familia y de las relaciones paterno-filiales tienen anclaje en diversos preceptos

30 No obstante, dicha Sentencia contiene un voto particular formulado por el magistrado Seijas Quintana y al que se adhieren los magistrados Ferrándiz Gabriel, Arroyo Fiestas y Sastre Papiol. Dicho voto particular muestra una abierta discrepancia con el criterio que sostiene la mayoría de la Sala sobre la vulneración del orden público. Resulta particularmente importante la argumentación mantenida en el voto particular en el sentido de que la vulneración del orden público internacional solo puede comprobarse caso por caso. Por el contrario, se estima que la Sentencia no concreta aspectos tales como la forma en que queda afectada la dignidad de quien solicita libre y voluntariamente la gestación por sustitución ni de la mujer que acepta dicha petición en el seno de un procedimiento judicial regulado por la sección 7630 de la *California Family Code*, ni tampoco de qué forma queda afectada la dignidad de los nacidos a los que se procura una familia. Finalmente, el mencionado voto particular considera que el interés del menor queda afectado gravemente si no se reconoce la filiación establecida en California a favor de los padres de intención, pues a los niños –de nacionalidad española– se les coloca en un limbo jurídico incierto en cuanto a la solución del conflicto y a la respuesta que pueda darse en un supuesto en el que están implicados unos niños que siguen creando vínculos afectivos y familiares irreversibles. Favorable a los argumentos mantenidos en los mencionados votos disidentes al fallo del TS, por entender que resultan más cercanos a una interpretación constitucionalmente aceptable del problema se muestra RUIZ-RICO, véase RUIZ-RICO RUIZ, Gerardo: “La problemática constitucional derivada de las técnicas de reproducción humana asistida (THRA): el caso de la maternidad subrogada”, *Revista de Derecho Político*, 99, 2017, pp. 65 y s.

constitucionales del Título I dedicado a los derechos y deberes fundamentales, formando parte igualmente de este orden público la protección de la infancia (art. 39.4 CE, debiendo gozar la misma de la protección prevista en los acuerdos internacionales), el derecho a la integridad física y moral de las personas (art. 15 CE) y el respeto a la dignidad (art. 10.1 CE). El conjunto de dichos derechos fundamentales y principios constitucionales recogidos en el Título I CE integran el orden público internacional español que actúa como límite al reconocimiento de las decisiones de autoridades extranjeras y a la posibilidad de que los ciudadanos opten por las respuestas jurídicas diferentes que los distintos ordenamientos jurídicos dan a una misma cuestión. En opinión del TS consecuencia lógica de lo anterior es que las normas aplicables a la gestación por sustitución y, en particular, el art. 10 Ley Técnicas de Reproducción Humana Asistida, integran el orden público internacional español³¹. Lo anterior lleva a considerar al TS que la decisión de la autoridad registral de California al atribuir la condición de padres al matrimonio que contrató la gestación por sustitución con una mujer que dio a luz en dicho estado es contraria al orden público internacional español por resultar incompatible con normas que regulan aspectos esenciales de las relaciones familiares, en concreto de la filiación, inspiradas en valores constitucionales de dignidad de la persona, respeto a su integridad moral y protección de la infancia.

Por otro lado, el TS rechaza, con base en la diferencia de supuestos, el argumento de los padres de intención en el sentido de que no permitir la inscripción en el Registro Civil español de la filiación por naturaleza de los sujetos nacidos en California a favor de dos varones resulta discriminatorio porque es posible inscribir la filiación a favor de dos mujeres en el supuesto de que una de ellas se someta a un tratamiento de reproducción asistida y la otra sea su cónyuge.

Finalmente, y en relación con el criterio del interés superior del menor, el TS entiende que la consideración primordial de dicho interés debe hacerse para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas pero no para contrariar expresamente lo previsto en la misma pues de lo contrario se podría producir una desvinculación del juez del sistema de fuentes.

31 Consideran, por el contrario, que la admisión en España de los efectos legales de la resolución extranjera no vulnera el orden público internacional español CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis/CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier: “Gestación por sustitución y Derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal europeo de Derechos Humanos”, *cit.*, pp. 76 y ss.

Incluso admitiendo el TS que el no reconocimiento de la filiación establecida en la inscripción registral de California puede suponer un perjuicio para la posición jurídica de los menores, considera el citado tribunal que no puede olvidarse que el establecimiento de una filiación que contradiga los criterios previstos en la ley para su determinación supone igualmente un perjuicio para el menor, ya que resultaría atentatorio contra su dignidad el convertirlo en objeto del tráfico mercantil si su filiación se determinase a favor de quien realiza el encargo por la celebración de un contrato de gestación por sustitución³².

Finalmente, el Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Pleno) de 2 de febrero de 2015 (RJ/2015\141)³³ resolvió un incidente de nulidad de actuaciones para valorar si se había producido en la Sentencia TS de 6 de febrero de 2014 una vulneración de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva, a la igualdad sin sufrir discriminación y a la intimidad familiar conforme a la interpretación que de los mismos realiza el Tribunal Europeo de Derechos Humanos a la vista fundamentalmente de los criterios mantenidos por el último tribunal citado en los casos *Mennesson y Labassee c. Francia*. La argumentación del TS en este punto pasa por resaltar las diferencias existentes entre los casos que dieron lugar a la condena de Francia ante el TEDH y el supuesto juzgado en España. Dichas diferencias fundamentales son, por un lado, que el Tribunal de Casación francés estableció la imposibilidad de que pudiera determinarse legalmente en Francia cualquier

relación de filiación entre el niño y los padres comitentes de tal modo que procede incluso anular el reconocimiento o el establecimiento de la paternidad del padre biológico por el carácter fraudulento del contrato de gestación por sustitución, mientras que el ordenamiento español prevé que respecto del padre biológico es posible la determinación de la filiación paterna y, en todo caso, si los comitentes y los niños forman un núcleo familiar de facto la Sentencia TS de 6 de febrero de 2014 acordaba que debía protegerse legalmente, en su caso, mediante la adopción (o de considerarse que existe una situación de desamparo por la decisión de la madre gestante de no ejercer sus funciones como tal, mediante el acogimiento). Por otro lado, en Francia las niñas no podían adquirir la nacionalidad francesa ni heredar a los comitentes en calidad de hijas siendo que en España la sentencia del TS de 6 de febrero de 2014 acordó que solo se anulase la mención a la filiación de los menores en tanto se determinaba la filiación biológica paterna y también, en su caso, la filiación que fuera acorde con la situación familiar de facto (por ejemplo, mediante la adopción), de modo que, una vez quedase determinada la filiación biológica respecto de padre biológico y la filiación por criterios no biológicos respecto del otro cónyuge (o respecto de ambos, si ninguno de ellos fuera el padre biológico) tendrían la nacionalidad española y podrían heredar como hijos. En definitiva, el Auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015 viene a acordar que no ha lugar declarar la nulidad de la previa STS de 6 de febrero de 2014.

Como hemos puesto de manifiesto anteriormente, tras la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Valencia de 15 de septiembre de 2010 que procedía a la cancelación de la inscripción realizada en el Registro Civil Consular de Los Ángeles la DGRN dictó, en fecha 5 de octubre de 2010 la Instrucción sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución^{34 35}. Dicha

32 En mi opinión, la línea argumental sostenida por el TS en este punto aunque formalmente mantiene la defensa del “interés superior del menor” acaba consagrando materialmente que el interés del menor o menores implicados en el caso se configure como un interés inferior a otros en juego (defensa de la legalidad española, entre otros).

33 El referido Auto contiene un voto particular (2 de febrero de 2015) firmado por los magistrados Ferrándiz Gabriel, Seijas Quintana, Arroyo Fiestas y Sastre Papiol en que se destaca la relevancia particular que debe serle reconocida al interés de los menores, niños de carne y hueso, que no están en condiciones de recibir la protección especial que merecen sus derechos, sus necesidades y sus problemas desde su estancia en España. Se pone de manifiesto, a mi juicio con buen criterio, que resulta necesario que ningún niño se vea perjudicado por el hecho de que ha sido traído al mundo por una madre subrogada, comenzando por la ciudadanía o la identidad que revisten una importancia primordial. En segundo lugar, el voto particular destaca la situación de incertidumbre inquietante en la que quedan estos menores españoles. El problema afectaría no solo a los padres cuyo interés no está disociado del de sus hijos, sino al interés prevalente de los menores. Por lo tanto, el voto particular no comparte la disociación que el Auto hace de la defensa de los derechos e intereses legítimos de los adultos de los derechos de los menores que han nacido de esa gestación subrogada. Con base en lo anterior, el voto particular abogaba en favor de la nulidad de actuaciones.

34 Particularmente crítico con la Instrucción referida se muestra MARTÍNEZ DE AGUIRRE quien considera que a través de la misma se da carta de naturaleza por vía puramente administrativa a una práctica rechazada por la ley y por el TS constituyendo un caso paradigmático de fraude de ley. Véase MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sobre Maternidad Subrogada. *Escritos Jurídicos TFW*. [online]. 4/2017, p. 4. Disponible en la URL: <<https://www.thefamilywatch.org/2017/04/12/14-el-tribunal-europeo-de-derechos-humanos-sobre-maternidad-subrogada/>> [Con acceso el 15 de agosto de 2018].

35 Incluso, posteriormente y como pone de manifiesto DURÁN AYAGO, la DGRN emitió una Circular el 11 de julio de 2014 por la que autorizaba a los Cónsules españoles a seguir aplicando la Instrucción de 5 de octubre de 2010 como consecuencia de la jurisprudencia europea ya que a su juicio el caso tratado en la sentencia del Supremo de 2014 no afectaba

Instrucción responde a la necesidad de establecer los criterios que determinen las condiciones de acceso al Registro Civil español de los nacidos en el extranjero mediante la referida técnica de reproducción asistida. El objetivo primordial al que responde la mencionada Instrucción es la protección jurídica del interés superior del menor desde una perspectiva global lo que comportaría en criterio de la DGRN, al menos abordar tres aspectos esenciales: a) los instrumentos necesarios para que la filiación tenga acceso al Registro Civil español cuando uno de los progenitores sea de nacionalidad española; b) la inscripción registral en ningún caso puede permitir que con la misma se dote de apariencia de legalidad supuestos de tráfico internacional de menores; c) la exigencia de que no se haya vulnerado el derecho del menor a conocer su origen biológico (art. 7, número 1 de la Convención sobre los derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, art. 12 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, así como STS de 21 de septiembre de 1999). Por otro lado, la Instrucción 5 de octubre de 2010 DGRN pone de manifiesto que junto a los intereses del menor deben valorarse otros intereses presentes en los contratos de gestación por sustitución, especialmente la protección de las mujeres que se prestan a la dicha técnica reproductiva, renunciando a sus derechos. Para garantizar la protección de dichos intereses la Instrucción DGRN 5 de octubre de 2010 establece como requisito previo para la inscripción de los nacidos mediante gestación por sustitución la presentación ante el encargado del Registro Civil de una resolución judicial dictada por el Tribunal competente, lo que tiene por finalidad controlar el cumplimiento de los requisitos de 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. De acuerdo con la DGRN se trataría de constatar la plena capacidad jurídica y de obrar de la mujer gestante, la eficacia legal del consentimiento prestado por no haber incurrido en error sobre las consecuencias y alcance del mismo ni haber sido

sometida a engaño, violencia o coacción o la eventual previsión y/o posterior respeto a la facultad de revocación del consentimiento o cualesquiera otros requisitos previstos en la normativa legal del país de origen, permitiendo igualmente de verificar que no existe simulación en el contrato de gestación por sustitución que encubra un tráfico internacional de menores. A la hora de proceder a la inscripción si el encargado del Registro Civil considera que la resolución extranjera fue dictada en el marco de un procedimiento jurisdiccional de naturaleza contenciosa, denegará la inscripción de la resolución, al requerirse previamente el exequátur de esta de acuerdo con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento civil; por el contrario, si estima que la resolución extranjera tiene su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria controlará incidentalmente si la resolución puede ser reconocida en España, como requisito previo a su inscripción. En definitiva, 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 la que no conste la identidad de la madre gestante³⁶.

Por último, resulta oportuno, al objeto de concretar el contexto jurídico concurrente en España en materia de maternidad subrogada, poner de manifiesto que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha consolidado una doctrina jurisprudencial en este ámbito en virtud de la cual se procede al reconocimiento de la prestación por maternidad a los progenitores que para serlo acuden a la gestación por sustitución en el extranjero³⁷. Si bien la Sala Primera del TS considera que las normas civiles españolas que declaran nulo el contrato de gestación por sustitución impiden que pueda inscribirse como hijos de quienes han recurrido a dicha técnica a los habidos en un tercer estado, advierte que si los menores poseen relaciones familiares de facto y existe

a dicha Instrucción porque la Resolución de la DGRN anulada por dicha Sentencia del TS lo que pretendía era la transcripción de las certificaciones registrales extranjeras al Registro Civil español, mientras que la Instrucción no regula la transcripción sino el procedimiento de reconocimiento para poder inscribir a los niños nacidos en el extranjero a través de gestación subrogada en el Registro Civil español. Véase DURÁN AYAGO, Antonia. Una encrucijada judicial y una reforma legal por hacer: problemas jurídicos de la gestación por sustitución en España. A propósito del Auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015. *Bitácora Millennium DiPr*. [online]. N°2, 2015, pp. 14 y s. Disponible en la URL: < <http://www.millenniumdiapr.com/ba-26-una-encrucijada-judicial-y-una-reforma-legal-por-hacer-la-gestacion-por-sustitucion> > [Con acceso el 15 de agosto de 2018].

36 Para un análisis crítico de la Instrucción DGRN de 5 de octubre de 2010 sobre la base de que sustenta la tesis de la exigencia de resolución judicial extranjera para proceder a trasladar al Registro Civil español la filiación de los nacidos en el extranjero a través de gestación por sustitución, véase CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis/CARRASCOSA GONZALEZ, Javier: "Gestación por sustitución y Derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal europeo de Derechos Humanos", *cit.*, pp. 59 y ss.

37 Véase SSTs núm. 953/2016 (Sala de lo Social, Pleno), de 16 de noviembre (RJ\2016\6152); núm. 917/2017 (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 22 de noviembre (RJ\2017\5401); núm. 1002/2017 (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 14 de diciembre (RJ\2017\5889); núm. 277/2018 (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 13 de marzo (JUR\2018\98995); núm. 347/2018 (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 22 de marzo (JUR\2018\98109).

verdadera integración del menor en el núcleo familiar se debe permitir el desarrollo y la protección de dichos vínculos. En consecuencia, la Sala de lo Social del TS admitiendo que la Ley General de Seguridad Social y el RD 295/2009 no contemplan los supuestos de maternidad subrogada, estima que tampoco impiden su interpretación (analógica) en el sentido más favorable a los objetivos constitucionales de protección al menor, con independencia de su filiación, y de conciliación de la vida familiar y laboral.

3.2 Perspectiva comparada

El panorama legislativo en materia de gestación por sustitución en los distintos estados dista mucho de resultar mínimamente uniforme, dato que explica primariamente los casos de práctica extraterritorial de dicha técnica y la pretensión de numerosas parejas/individuos españoles que han accedido a la misma en lugares donde la maternidad subrogada (incluso en su modalidad comercial) resulta plenamente legal de que la filiación establecida en su favor por dichos ordenamientos extranjeros sea igualmente reconocida en España.

Cabría establecer, siguiendo a GUERRA-PALMERO³⁸ una cuádruple distinción entre los distintos estados, en función del grado de tolerancia/admisibilidad legal de la maternidad subrogada en los diferentes países de referencia:

- 1) Países que prohíben la gestación subrogada: Alemania, Austria, Italia, Suecia y Suiza.
- 2) Países que permiten la modalidad altruista: Canadá (únicamente se prohíbe en Quebec), Portugal³⁹, Reino Unido, Grecia (en principio, es altruista aunque se establece un pago de 10.000 euros por las molestias), India.
- 3) Países con modalidad comercial: Rusia (exigencia de que los comitentes sean parejas heterosexuales o mujeres solteras), Tailandia (únicamente para parejas heterosexuales debiendo ser uno de los miembros tailandés) y Ucrania (únicamente para parejas heterosexuales).

38 Véase GUERRA-PALMERO, María José: “Contra la llamada gestación subrogada. Derechos humanos y justicia global versus bioética neoliberal”, *Gaceta Sanitaria*, 2017, 31 (6), pp. 535 y ss.

39 Para una ampliación de la situación legal en Portugal, véase VELA SÁNCHEZ, Antonio J.: “La gestación por sustitución ya es efectiva en Portugal”, *Diario La Ley*, 9091, 29 de noviembre de 2017.

4) Países con legislación mixta: Estados Unidos (si bien algunos estados la prohíben de manera absoluta, cabe la modalidad altruista y la comercial en función de los estados) y México (diversidad de regulaciones según los estados).

Incluso en algunos estados que prohíben la maternidad subrogada dicha prohibición ostenta naturaleza penal, tal como ocurre, por ejemplo, en Alemania o en Francia por sólo citar dos casos significativos de países de nuestro entorno. En Alemania, en virtud de la Ley para la protección de los embriones (*Gesetz zum Schutz von Embryonen* del 13-12-1990) tipifica como delito en relación con el que se prevé una pena de prisión de hasta 3 años o multa para aquel que lleve a cabo una fecundación artificial o transfiera un embrión humano en una mujer (madre de sustitución) dispuesta a dar el niño tras su nacimiento de manera permanente a terceros (en todo caso, de acuerdo con la propia ley referida la punibilidad no se extiende a la gestante ni a(l) (los) comitente(s)). De manera similar en Francia la Ley 94-653, de 29 de julio de 1994 relativa al respeto del cuerpo humano modificó en virtud de su art. 4 el art. 227-12 Código Penal disponiendo una pena de un año de prisión y de 100.000 euros de multa para el que medie entre una persona o pareja deseosa de acoger a un niño y una mujer que acepte gestar a dicho niño con vistas a entregárselo a aquellos. Cuando los hechos fueran realizados con habitualidad o a título lucrativo las penas serán el doble de las inicialmente prescritas. Con las mismas penas se castigará asimismo la tentativa en relación con dichos hechos.

La diversidad legislativa anterior explica, por un lado, la existencia de un “turismo reproductivo”⁴⁰ en expresión que ha hecho fortuna a nivel popular y que expresa la búsqueda por parte de parejas o individuos deseosos de llevar a cabo su proyecto reproductivo mediante el recurso a la gestación por sustitución de lugares en los que poder acceder a la misma de manera totalmente legal en el país de destino, salvando de esta forma las limitaciones existentes en su estado de

40 CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ ponen de manifiesto, en este sentido, que la diferente regulación jurídica de la gestación por sustitución en los distintos Estados provoca que la práctica de estas técnicas de reproducción humana se internacionalice, ya que las personas que residen de manera habitual en países con legislaciones restrictivas al respecto tienden a acudir a países con legislaciones más abiertas sobre el particular. Ello explica la incidencia decisiva del Derecho internacional privado en este ámbito. Véase CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis/CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier: “Gestación por sustitución y Derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal europeo de Derechos Humanos”, *cit.*, p. 49.

origen. Por otro lado, dicho contexto legislativo tan heterogéneo a nivel internacional pone de manifiesto que manifestaciones como las que realiza el Comité de Bioética de España en su Informe de 19 de mayo de 2017 sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada cuando dispone como propuesta de reforma de la ley española vigente que hay que avanzar “hacia una prohibición universal de la maternidad subrogada internacional” constituye un puro voluntarismo sin ninguna vocación de alcanzar resultados mínimamente consistentes. En este sentido, procede poner de manifiesto que la existencia de países que admiten abiertamente la práctica de la gestación por sustitución (incluso en algunos supuestos bajo la modalidad comercial) tratándose en algunos casos de democracias fuertemente consolidadas como las de EEUU (en relación con determinados estados)⁴¹, Canadá, Reino Unido, Portugal o Grecia, por sólo citar algunos ejemplos, no responde a un desconocimiento de los estándares bioéticos y de las garantías jurídicas mínimas como pretenden algunos opositores a la maternidad subrogada, sino a la plasmación legal de criterios éticos socialmente asentados en aquellas latitudes (si bien discrepantes con los mantenidos por ciertos sectores de la doctrina española).

Por otro lado, a nivel de organismos internacionales supranacionales (Consejo de Europa, Unión Europea, etc.) la cuestión de la maternidad subrogada se encuentra lejos de alcanzar un consenso de mínimos que permita perfilar al menos unas bases normativas generales en la materia. Exponente de lo anterior lo constituye el hecho de que, en el marco de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, se ha debatido y rechazado en octubre de 2016 (por un total de 77 votos a favor, 83 en contra y 7 abstenciones, siendo necesaria una mayoría de 2/3 para su aprobación) una propuesta de Recomendación basada en el Informe de la senadora belga Petra Sutter (elaborado a instancias del Comité de Asuntos Sociales, Salud y Desarrollo Sostenible) que se presentaba como un modo de proteger los derechos de los niños nacidos mediante la técnica de los vientres de alquiler pero que suponía de hecho abrir el camino al reconocimiento de dicho procedimiento en Europa⁴².

41 Para una ampliación acerca de la perspectiva estadounidense (tomando en consideración la variedad de contextos legales en los distintos estados) en materia de maternidad subrogada, véase RODRÍGUEZ-YONG, Camilo A./MARTÍNEZ-MUNOZ, Karol Ximena: “El contrato de maternidad subrogada: la experiencia estadounidense”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XXV, nº 2, diciembre 2012, pp. 59 y ss.

42 Véase AZPIROZ VILLAR, José Eugenio: “El contrato de alquiler de vientres: la ley, la posición del Tribunal

Asimismo, la Conferencia Internacional de la Haya en un informe de 2015 señalaba cinco amenazas para los derechos humanos vinculadas a los contratos de maternidad subrogada internacional: 1) riesgo de abandono de los niños por parte de los comitentes por razones de salud o de preferencia de sexo; 2) riesgo de inadecuación de los comitentes para ser padres y de tráfico de niños; 3) derecho del niño a conocer sus orígenes genéticos y biológicos; 4) problemas relativos a la libertad del consentimiento de las gestantes; 5) malas prácticas por parte de los agentes intermediarios de la subrogación⁴³.

Finalmente, el Informe anual del Parlamento europeo sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo (2014) y la política de la Unión Europea al respecto (2015/2229(INI)) dispone expresamente en el marco del epígrafe sobre “Derechos de las mujeres y las niñas” que “condena la práctica de la gestación por sustitución, que es contraria a la dignidad humana de la mujer, ya que su cuerpo y sus funciones reproductivas se utilizan como una materia prima; estima que debe prohibirse esta práctica, que implica la explotación de las funciones reproductivas y la utilización del cuerpo con fines financieros o de otro tipo, en particular en el caso de las mujeres vulnerables en los países en desarrollo, y pide que se examine con carácter de urgencia en el marco de los instrumentos de derechos humanos” (114).

3.3 Incidencia de la diversidad normativa internacional a nivel interno

La diversidad legislativa en materia de admisibilidad de la gestación por sustitución constituye la fuente principal de los conflictos que se están planteando ante los Tribunales de numerosos estados europeos (incluyendo España) ante la pretensión por parte de parejas o individuos comitentes que han accedido a la gestación por sustitución en países donde la misma se encuentra permitida (e incluso avalada por la praxis judicial del estado respectivo, como es el caso de California) de que la filiación determinada conforme a las leyes del país origen sea objeto de reconocimiento en su estado de residencia. En este proceso ha adquirido particular relevancia la

Supremo y de la UE, las posiciones parlamentarias”, *Actualidad Civil*, 2, 2017, p. 79; MORENO BOTELLA, Gloria: “Material genético de los padres de intención y filiación en el caso Campanelli II. Su incidencia en la STSJ de Madrid de 13 de marzo de 2017”, *Diario La Ley*, 9024, 19 de julio de 2017.

43 MORENO BOTELLA, Gloria: “Material genético de los padres de intención y filiación en el caso Campanelli II. Su incidencia en la STSJ de Madrid de 13 de marzo de 2017”, *cit.*

jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) que ha tenido que analizar en diversas sentencias casos en los que el núcleo del debate jurídico se situaba en el marco de la cuestión de la maternidad subrogada. Nos referimos a las Sentencias *Mennesson c. Francia y Labassee c. Francia* (2014)⁴⁴ y la Sentencia *Paradiso y Campanelli c. Italia* de 2015 que fue recurrida ante la Gran Sala del TEDH (Sentencia de la Gran Sala de enero de 2017).

Los casos *Mennesson* y *Labassee* presentaban una absoluta analogía en cuanto a los hechos y fueron objeto de Sentencia en la misma fecha (26 de junio de 2014) fundando el TEDH ambas resoluciones, como no podía ser de otra manera ante la identidad de supuestos, en argumentos prácticamente miméticos⁴⁵. En el primer caso un matrimonio heterosexual francés formado por Dominique y Sylvie *Mennesson* ante la falta de éxito de sucesivos intentos de fecundación *in vitro* tuvo dos hijas gestadas mediante maternidad subrogada en California (EEUU) procediendo los gametos respectivos, por un lado, del varón de la pareja y, por otro lado, de una donante. En el caso de Francis y Monique *Labassee* ante los problemas de infertilidad de la segunda decidieron recurrir a la gestación por sustitución en Minnesota (EEUU) proviniendo el embrión implantado de un óvulo de donante fecundado con los gametos del marido-comitente, fruto de lo cual nació una niña. En el caso *Mennesson* (no detallaremos el supuesto *Labassee* por ser sustancialmente análogo con las lógicas particularidades de lugares y fechas) y tras constatarse un embarazo gemelar, la Corte Suprema de California

decretó que los comitentes deberían constar registralmente como padre y madre de las gemelas nacidas el 25 de octubre de 2000. Gracias al hecho de que la Administración Federal americana emitió a las gemelas pasaportes americanos sobre los cuales figuraban los comitentes como padres, los cuatro pudieron viajar a Francia en noviembre de 2000.

No obstante, en Francia se rechazó la transcripción del acta de nacimiento establecida en ejecución de una decisión extranjera sobre la base de la contrariedad con el orden público internacional francés de dicha decisión, cuando la misma comporta disposiciones que lesionan directamente los principios esenciales del derecho francés, ya que de acuerdo con el derecho positivo francés resultaría contrario al principio de indisponibilidad del estado de las personas, principio esencial del derecho francés, el provocar efectos a nivel de filiación a una convención relativa a la gestación por sustitución que, aunque sea lícita en el extranjero, es nula afectada de una nulidad de orden público en el contexto de los artículos 16-7 y 16-9 Código Civil francés (Corte de Casación, Sentencia 6 abril 2011).

Tanto en el caso *Mennesson* como *Labassee* una vez agotada la vía interna se interpusieron sendas demandas ante el TEDH con base en la violación del art. 8 (Derecho al respeto a la vida privada y familiar) del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Roma, 4-XI-1950) que dispone “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”. Los demandantes consideraban que la negativa de las autoridades francesas al reconocimiento de la filiación establecida en EEUU constituía una injerencia en su vida privada y familiar.

En este punto el TEDH distingue entre la vida familiar de los demandantes y la vida privada de las hijas. Respecto del primer aspecto, el TEDH acepta que la falta de reconocimiento en derecho francés de la filiación mencionada afecta necesariamente a la vida familiar (se pueden mencionar las dificultades para inscribir a las hijas en la Seguridad Social, en la

44 Véase ROURA GÓMEZ, Santiago. Nota de urgencia sobre las decisiones de los casos *Mennesson c. Francia y Labassee c. Francia* de 26 de junio de 2014 (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, TEDH); DURÁN AYAGO, Antonia. Primeras impresiones sobre las Sentencias del Tribunal europeo de Derechos Humanos (casos *Mennesson c. France* (Demanda nº 65192/11) y *Labassee c. France* (Demanda nº 65941/11), dictadas el 26 de junio de 2014. [online]. Disponible en la URL: <<http://www.gestacion-subrogada.com/interpretacion-sentencia-tedh>> [Con acceso el 15 de agosto de 2018].

45 Posteriormente, el TEDH ha mantenido dicha línea argumental en las STEDH *Foulon y Bouvet c. Francia* de 21 de julio de 2016 (as. 9063/14 y 10410/14 respectivamente) –condena parcialmente al estado francés (2 resoluciones) en casos en los que los demandantes recurrieron a la gestación subrogada en India para traer al mundo a una niña en el caso *Foulon* y a dos gemelos en el caso *Bouvet*– y en la STEDH *Laboire c. Francia* de 19 de enero de 2017 (as. 44024/13) –condena al estado francés por no reconocer formalmente la inscripción en el registro civil de dos niños nacidos en Ucrania a través de vientres de alquiler cuyos padres son de nacionalidad francesa–. Véase RÍO SANTOS, Fruela: “La jurisprudencia del TEDH en materia de gestación por sustitución y su influencia en la jurisprudencia española (1)”, *Actualidad Civil*, 6, 2017, pp. 84 y ss.

cantina escolar o para solicitar ayudas financieras en las cajas de subsidio familiar). No obstante, el TEDH no aprecia violación del derecho a la vida familiar de los demandantes puesto que aquellos no se han enfrentado a dificultades que se puedan calificar de insuperables de manera que se han podido establecer de forma conjunta en Francia poco tiempo después del nacimiento de las hijas, que están en disposición de vivir juntos en condiciones globalmente comparables a aquellas en las que viven el resto de familias y que no cabe pensar que existe un riesgo de que las autoridades decidan separarlos a la vista de su situación en relación con el derecho francés.

Distinta es la valoración que realiza el TEDH en relación con el respeto de la vida privada de las hijas. Este derecho exige que cada persona pueda establecer los detalles de su identidad como ser humano lo que incluye la filiación. No obstante, en el marco de la legislación francesa en el momento de los hechos las hijas nacidas tras una gestación por sustitución en EEUU se encontraban en este punto en una situación de incertidumbre jurídica pues el derecho francés no reconocía en su orden jurídico la filiación determinada en el extranjero, lo cual fue considerado por el TEDH como afectante a la identidad de las hijas en el marco de la sociedad francesa. Se planteaba en este sentido una perturbadora incertidumbre en cuanto a la posibilidad de que a las hijas no se les reconociese la nacionalidad francesa (siendo que sus progenitores la ostentan). Asimismo, el TEDH constató que el rechazo a reconocer la filiación establecida en EEUU respecto a las hijas afectaba a sus derechos hereditarios. El TEDH admite que Francia pueda pretender desanimar a sus nacionales a que recurran a viajar al extranjero para llevar a cabo un método procreativo prohibido en su territorio pero ello conlleva que el no reconocimiento en derecho francés del vínculo de filiación entre los hijos y los padres de intención no se limita a la situación de estos últimos que son los que, en definitiva, han utilizado un sistema procreativo sobre el que se formula un reproche por parte del derecho francés, sino que despliega también efectos sobre los propios hijos, siendo su derecho a la vida privada (en cuyo núcleo se sitúa la identidad, incluida la filiación) profundamente afectado. Ello incide de manera grave en el interés superior de los hijos cuyo respeto debe guiar toda decisión que les afecte. Sobre esta base el TEDH considera que se ha producido una violación del derecho a la vida privada de las hijas y condena a Francia⁴⁶.

Un ulterior caso que se ha erigido en *leading case* en maternidad subrogada es el supuesto *Paradiso y Campanelli c. Italia* que dio lugar a una primera Sentencia TEDH de 27 de enero de 2015 que fue recurrida por Italia ante la Gran Sala (que emitió su Sentencia el 24 de enero de 2017). En este supuesto, un matrimonio italiano compuesto por Donatina Paradiso y Giovanni Campanelli, tras varias tentativas infructuosas de fecundación in vitro, decide recurrir a un vientre de alquiler para ser padres, propósito con el cual se pusieron en contacto con una clínica especializada en técnicas de reproducción asistida con sede en Moscú y firmaron un contrato de vientre de alquiler con la empresa Rosjurconsulting. Tras una fecundación in vitro se implantaron dos embriones en el útero de una madre portadora, no existiendo vínculo genético entre la gestante y los embriones. Tras el nacimiento del bebé en febrero de 2011, la madre portadora dio su consentimiento escrito para que aquel fuera registrado como hijo de los demandantes. El niño fue inscrito en Rusia sin mención alguna a la gestación en vientre de alquiler. Posteriormente, la madre de intención acudió al Consulado de Italia en Moscú al objeto de obtener los documentos que permitiesen al recién nacido volver a Italia con ella, documentos que fueron expedidos por el referido Consulado. No obstante, y una vez que la familia se encontraba residiendo en Italia el Consulado de Italia en Moscú comunicó al Tribunal de Menores de Campobasso, al Ministerio de Asuntos Exteriores, a la Prefectura y al Ayuntamiento de Colletorto que el expediente relativo al nacimiento del niño contenía datos falsos. A resultas de lo anterior Donatina Paradiso y Giovanni Campanelli fueron imputados por alteración del estado civil, falsedad y por violación del art. 73 de la ley sobre adopción, solicitándose por parte del Ministerio Fiscal al Tribunal de Menores (mayo de 2011) la apertura de un procedimiento de adopción al considerarse el niño en abandono en el sentido de la ley. Con la finalidad de demostrar su vínculo genético con el recién nacido (pues al parecer estaba convencido de que sus gametos habían sido utilizado en el marco de la fecundación in vitro llevada a cabo) el Sr. Campanelli se sometió a una prueba de ADN que, sin embargo, dio resultados negativos. Finalmente, el Tribunal de Menores decidió alejar al menor de los demandantes con base en una serie de argumentos: la madre había declarado no ser

46 Como pone de manifiesto ROURA GÓMEZ, la trascendencia de las referidas resoluciones del TEDH radica en que si bien un Estado parte del Convenio puede, dentro de su

respectivo territorio, prohibir la utilización de una técnica reproductiva concreta, dicha opción del legislador nacional no puede proyectarse sobre la identidad de los menores a los que de otro modo se les sitúa en una situación de incertidumbre jurídica sobre su misma identidad. Véase ROURA GÓMEZ, Santiago: "Gestación subrogada y derechos del menor", *El País-Opinión*, 14 de julio 2014.

la madre genética, los óvulos provenían de un donante anónimo, la prueba de ADN realizada entre el demandante y el niño demostró que no existía una vinculación genética entre ellos y la pareja había pagado una importante suma de dinero (49.000 euros). Ciertamente se aceptaba que el niño sufriría un daño por causa de la separación, pero dado el poco tiempo pasado con los demandantes y su corta edad, se consideraba que sería capaz de superarlo. Desde ese momento el niño ha permanecido alejado de los padres de intención y confiado en acogida y posteriormente en adopción. Agotada por los padres de intención la vía jurisdiccional interna el caso se planteó ante el TEDH que emitió Sentencia el 27 de enero de 2015 en la que el tribunal no se muestra convencido del carácter adecuado de los elementos en los que se basaron las autoridades italianas para llegar a la conclusión de la necesidad de que los servicios sociales acogieran al niño (entre otros, falta de vinculación afectiva del niño con los padres dado el escaso tiempo que permanecieron juntos), de lo que se deduce que las autoridades del país transalpino no ponderaron adecuadamente los intereses en juego. En consecuencia, el TEDH estima por cinco votos contra dos que ha habido violación del art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales pero, considerando que el niño ha desarrollado un vínculo afectivo con la familia de acogida con la que se encuentra desde principios de 2013, se establece que la constatación de una violación pronunciada en la presente causa no podría entenderse como obligando al Estado a devolver al menor con los interesados (si bien se condena a Italia al pago de una multa en concepto de daño moral).

No obstante, la resolución anterior no cerró el caso pues Italia recurrió la Sentencia ante la Gran Sala del TEDH que emitió su Sentencia el 24 de enero de 2017. Esta última decisión acaba dando la razón a Italia pues afirma por once votos contra diez que no se produjo por parte del país referido violación del art. 8 Convenio, si bien la división concurrente en el seno del propio Tribunal queda de manifiesto por la existencia de dos votos concordantes y de un voto discrepante al que se adhieren 6 jueces. En todo caso, procede destacar que la cuestión en este caso no se planteaba en los mismos términos que en los casos *Mennesson* y *Labassee c. Francia*, pues en el presente supuesto el caso no giraba sobre la transcripción del certificado de nacimiento extranjero y sobre el reconocimiento de la filiación de un niño nacido de una gestación por sustitución. La cuestión que se plantea gira sobre las medidas adoptadas por las autoridades

italianas que han implicado la separación definitiva del niño de los padres de intención. Una de las cuestiones que ostentó un cierto peso en la decisión de las autoridades italianas fue que no se trata de una maternidad subrogada “tradicional” ya que no se había utilizado material genético alguno procedente de los padres de intención⁴⁷.

En primer lugar, y en relación con el derecho a la vida familiar tal como el mismo se consagra en el art. 8 Convenio europeo de Derechos Humanos, la Gran Sala concluye que las condiciones para afirmar la existencia de facto de vida familiar en este caso no se cumplen con base en tres argumentos: 1) ausencia de todo vínculo biológico entre el niño y los padres de intención; 2) la corta duración de la relación con el niño y 3) la precariedad de los lazos desde el punto de vista jurídico, a pesar de la existencia de un proyecto parental y la calidad de los lazos afectivos.

Se plantea además si las decisiones judiciales que han conducido al alejamiento del niño de los padres de intención al objeto de la asunción del recién nacido con vistas a su adopción han constituido una injerencia en la vida privada de los demandantes en violación del art. 8 Convenio europeo de Derechos Humanos. En concreto, la Gran Sala estima que la referida injerencia se encuentra “prevista por la ley” (en el sentido del mencionado art. 8) y no pone en duda la pertinencia de los motivos invocados por las jurisdicciones internas italianas para proceder a decretar la separación del niño de los padres. Se considera por el tribunal que dichos motivos se encuentran directamente vinculados con el objetivo legítimo de la defensa del orden y también con el de protección de la infancia (no solamente el niño del caso sino la infancia en general) con base en la prerrogativa del estado de establecer la filiación por adopción y de prohibir ciertas técnicas de procreación médicamente asistida. En conclusión, la Gran Sala del TEDH si bien no subestima el impacto que la separación inmediata e irreversible del niño haya podido tener sobre la vida privada de los padres de intención funda su argumentación en el peso esencial que ostenta el interés general en juego, debiendo acordarse una importancia menor al interés de los padres en asegurar su desarrollo personal por la vía de la continuación de la relación con el niño. Si se aceptase mantener al niño con los padres de intención en vista de que estos se convirtiesen en padres adoptivos, ello equivaldría a

47 Para una ampliación sobre el particular, véase MORENO BOTELLA, Gloria: “Material genético de los padres de intención y filiación en el caso *Campanelli II*. Su incidencia en la STSJ de Madrid de 13 de marzo de 2017”, *cit.*

legalizar la situación creada por ellos mismos en violación de importantes normas de derecho italiano. La Gran Sala concluye dando la razón a Italia, al estimar que las jurisdicciones nacionales de dicho país cuando han estimado que el niño no sufriría un perjuicio grave o irreparable como consecuencia de la separación, han llevado a cabo un justo equilibrio entre los diferentes intereses en juego permaneciendo dentro de los límites del amplio margen de apreciación del que disponían en el caso.

4. ¿HACIA UN CAMBIO LEGISLATIVO EN MATERIA DE MATERNIDAD SUBROGADA EN ESPAÑA?

A la luz de las consideraciones efectuadas cabe colegir que la gestación por sustitución se encuentra en el centro de un importante debate bioético que afecta al núcleo mismo de dicha técnica reproductiva, pues mientras determinados estados aceptan la práctica de la misma incluso bajo su modalidad comercial, otros no sólo declaran la nulidad de pleno derecho de la maternidad subrogada (como es el caso de España) o la prohíben en sus territorios, sino que llegan a constituir un ilícito penal para los casos de su puesta en práctica (destacadamente, Alemania). En este punto, considero que lo que procede a efectos de fijar una posición en este tema es realizar un análisis crítico del argumentario desarrollado para sostener la nulidad-ilicitud de la maternidad subrogada en los diferentes estados donde allí se establece, con la finalidad de determinar si dicha posición se encuentra fundada materialmente y, en su caso, proponer los criterios para una reforma legislativa sobre el particular en España. Con dicho objeto recurriremos a diferentes textos orientados a impulsar una reflexión y eventualmente una reforma legislativa en España en esta materia tales como la Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos, la Propuesta de Bases Generales para la regulación en España de la Gestación por Sustitución del Grupo de Ética y Buena Práctica Clínica de la Sociedad Española de Fertilidad así como la Proposición de Ley de gestación subrogada de la Asociación para la Gestación Subrogada en España. Aunque no manifiesta una posición favorable al cambio de criterio existente en nuestro país en materia de maternidad subrogada (sino que, antes al contrario, aboga por reforzar el criterio restrictivo vigente) resulta igualmente esencial hacer referencia al Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada.

4.1. Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación presentada por el Grupo Ciudadanos

El Grupo Parlamentario Ciudadanos parte de la consideración de que la gestación por subrogación constituye una realidad normalizada tanto en España como en los países de nuestro entorno. De hecho la Proposición de Ley estima que dicha técnica “se ve con la misma naturalidad que otras expresiones de los cambios de percepciones sociales ante instituciones ligadas a nuevos modelos familiares, que tienen como denominador la variedad con la que las personas quieren expresar su propia concepción de las relaciones familiares y asumir la condición de progenitores” (Exposición de motivos Proposición de Ley).

El criterio sostenido por el Grupo Parlamentario Ciudadanos es que ante esta nueva realidad la solución más garantista consiste en regular y no en establecer una prohibición o en cerrar los ojos ante la evidencia. El eje de la Proposición de Ley del Grupo Ciudadanos consiste en superar la situación originada por la Instrucción de 5 de octubre de 2010 DGRN que abre la posibilidad de inscribir en el Registro Civil español una relación de filiación declarada por un Tribunal extranjero haciendo así factible la continuidad transfronteriza de una relación de filiación que implica responsabilidades parentales. En definitiva, y de acuerdo con la argumentación del Grupo Ciudadanos la Instrucción de 5 de octubre de 2010 DGRN ha dejado –en aras del interés superior del menor– sin contenido efectivo la nulidad del contrato de gestación subrogada contenida en la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida al hacer posible la inscripción en el Registro Civil español del fruto de un contrato con la condición de que no se haya formalizado en España.

Desde el punto de vista técnico-jurídico cabe destacar los siguientes aspectos fundamentales de la propuesta planteada por el Grupo Ciudadanos:

- 1) La gestante en el marco de la maternidad subrogada no podrá aportar material genético propio y, al amparo de las previsiones normativas de la Proposición de Ley no podrá establecer vínculo alguno de filiación entre la mujer gestante en el marco de dicha técnica y el niño(s) que vayan a nacer⁴⁸.

48 Véase Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por sustitución presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos (Boletín Oficial de las Cortes Generales-Congreso de los Diputados, 8 de septiembre de 2017), art. 3 (Definiciones) apartado b).

2) El progenitor o progenitores subrogantes deberán haber agotado o ser incompatibles con las técnicas de reproducción humana asistida, lo que cubre el espectro de parejas heterosexuales en casos de ausencia de útero de la mujer bien congénita o quirúrgica o de contraindicación médica del embarazo, así como los casos de esterilidad estructural referida a los supuestos de parejas gays u hombres solos.

3) Se excluye cualquier vínculo de consanguinidad entre la mujer gestante y el/los progenitores subrogantes así como la posibilidad de que aquella aporte su propio material genético.

4) La gestación por sustitución no podrá tener carácter lucrativo o comercial, sin perjuicio de que la mujer gestante pueda percibir una compensación resarcitoria limitada a cubrir los gastos estrictamente derivados de las molestias físicas, los de desplazamiento y los laborales junto con el lucro cesante inherentes a la gestación, así como proporcionar a la mujer gestante las condiciones idóneas durante los estudios y tratamiento gestacional, la gestación y el post-parto.

La previsión establecida en la proposición de ley excluyendo todo vínculo de consanguinidad entre la mujer gestante y el/los progenitores de intención constituye, en mi opinión, una de las cuestiones ínsitas en la proposición de ley que requiere un análisis en profundidad⁴⁹. En principio, la misma parece responder al temor expresado por cierto sector de la doctrina bioética⁵⁰ en el

sentido de que el desarrollo de prácticas de reproducción artificial intrafamiliar –admitida en países como EEUU o Canadá– y generadora de situaciones imposibles en el orden natural (en lo que atañe a la maternidad subrogada casos como el de la madre de edad avanzada que ante la imposibilidad de su hija para hacerlo dé a luz a su nieto, convergiendo en aquella la figura de madre y abuela) pueda conllevar una confusión de los distintos roles y funciones familiares tan profunda que no sólo se generen problemas jurídicos y morales sino también psicosociales⁵¹. Se ha argumentado igualmente que en el caso de existir algún tipo de relación familiar entre gestante y padres de intención es más probable que aquella actúe movida por coacciones o presiones familiares⁵². En el mismo sentido, cabe aceptar que dicha posición resulta sustancialmente coherente con el espíritu de la previsión relativa al carácter necesariamente anónimo de la donación de gametos y preembriones fijada en el art. 5.5 Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida. No obstante, el problema derivado de tal limitación es que en la praxis serán muy escasos los supuestos, más allá de relaciones de amistad de naturaleza prácticamente análoga a una vinculación familiar, en los que alguien va a prestar su útero de manera altruista a un tercero para gestar un hijo en favor de aquel. Considero que la exclusión de cualquier vínculo de consanguinidad entre la mujer gestante y el/los progenitores subrogantes establecida en la proposición de ley del Grupo Ciudadanos convierte la regulación propuesta en una normativa carente de virtualidad práctica ya que las posibilidades que se dejan abiertas a la gestación por sustitución resultan prácticamente nulas⁵³.

49 Pone de manifiesto igualmente dicho aspecto –si bien no en referencia en particular a la proposición de ley del Grupo Ciudadanos, sino de todas aquellas propuestas de cambio normativo en relación con la maternidad subrogada que exigen en el marco de la modalidad altruista que no exista relación alguna entre gestante y comitente(s)– el Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada que afirma textualmente que “la experiencia de aquellos países en los cuales está regulada la gestación subrogada altruista nos muestra, como ya hemos señalado, que quien se presta a gestar para otro u otros, en la gran mayoría de los casos, es una mujer que procede del entorno familiar directo del comitente o comitentes: sea la madre de alguno de ellos, sea la hermana, sea alguna otra pariente (prima o sobrina) muy estrechamente relacionada con o quienes lo pretenden”. Véase COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA. Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada. [online]. Madrid, 19 de mayo de 2017, p. 71. Disponible en la URL: <<http://www.comitedebioetica.es/>> [Con acceso el 15 de agosto de 2018].

50 En este sentido, véase LÓPEZ GUZMÁN, José/APARISI MIRALLES, Ángela: “Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada”, *Cuadernos de Bioética*, XXIII, 2012/2, p. 263.

51 Con el fin de reducir el impacto psicológico en el hijo que llega a conocer su verdadera procedencia LÓPEZ GUZMÁN/APARISI MIRALLES destacan la importancia de un adecuado asesoramiento a las familias y ponen en valor iniciativas como la de la Sociedad Europea de Reproducción Humana y Embriología que ha elaborado una serie de recomendaciones para que los especialistas puedan informar y aconsejar tanto a los familiares donantes como a los padres. No obstante, y aun a pesar de dichas limitaciones, los autores citados no excluyen la posible aparición de patologías con base en lo incisivo de la alteración de los roles y patrones familiares. Véase LÓPEZ GUZMÁN, José/APARISI MIRALLES, Ángela: “Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada”, *cit.*, pp. 263 y s.

52 En este sentido parece manifestarse la *Propuesta de bases generales para la regulación en España de la gestación por sustitución* (Grupo de Ética y Buena Práctica Clínica Sociedad Española de Fertilidad-SEF), p. 16.

53 Por otro lado, el argumento relativo a una hipotética aparición de posibles problemas psicosociales en el niño

5) Respecto de la mujer gestante se establecen en la proposición de ley del Grupo Ciudadanos una serie de requisitos, entre otros, ser mayor de 25 años y menor de la edad que reglamentariamente se fije a dicha fin, debiendo tener plena capacidad jurídica y de obrar y buen estado de salud psicofísica y de salud mental (en particular, no haber sufrido episodios de depresión o desórdenes psíquicos). Junto con la limitación prevista de que la gestante no puede haber sido gestante en el marco de un procedimiento de maternidad subrogada en más de una ocasión con anterioridad (lo que limitaría a 2 el número de procedimientos de maternidad subrogada a los que se podría someter una misma mujer en el marco de dicha proposición de ley), merece particular atención la exigencia de que la futura gestante haya gestado, al menos un hijo sano con anterioridad. Este último requisito se vincularía con la garantía que representa el hecho de que la mujer conozca de antemano el proceso gestacional en lo relativo a su desarrollo así como que pueda llegar a evaluar las consecuencias emocionales que eventualmente llegue a implicar separarse de un niño que ha portado en su útero durante meses.

6) En relación con el progenitor o los progenitores subrogantes se establecen, junto con otras, dos exigencias relevantes. Por un lado, toda persona que desee ser padre de intención debe haber agotado o ser incompatible con otras técnicas de reproducción humana asistida. Asimismo, aquel que decide acudir a la gestación por sustitución tiene que aportar su propio material genético.

La exigencia de que la pareja o progenitor de intención haya agotado o sea incompatible con otras técnicas reproductivas parece coherente con la propia naturaleza de la maternidad subrogada erigida como un último recurso en el marco del conjunto de técnicas de reproducción asistida. Se trata, en definitiva y como acertadamente

pone de manifiesto ROMEO CASABONA⁵⁴, de evitar situaciones de insolidaridad y desigualdad consistentes en la existencia de mujeres especializadas en traer niños al mundo en beneficio y comodidad de otras⁵⁵ (además de la dificultad añadida de evitar en estos supuesto retribuciones económicas en favor de la gestante). Por otro lado, la necesidad de que el/los progenitor(es) de intención aporten sus gametos (siendo pareja, al menos uno de ellos) resulta igualmente coherente con la propia concepción que se mantiene en relación con la maternidad subrogada, configurándose en la mayor parte de los lugares donde se permite el acceso a dicha técnica de manera excepcional y ciertamente restrictiva (técnica residual⁵⁶) por lo que si los progenitores de intención no desean establecer un vínculo genético con el futuro niño resulta preferible acudir a la adopción cuya admisibilidad ética queda fuera de toda duda.

7) Se establece la exigencia de formalización ante Notario de un contrato de gestación por sustitución con carácter previo a cualquier aplicación en dicho marco de una técnica de reproducción humana asistida. Una de las cuestiones susceptibles de reflexión en profundidad en el marco de la proposición de ley del Grupo Ciudadanos es que no se prevé ninguna intervención judicial en el curso del proceso a diferencia de lo que ocurre en numerosos países en los que la maternidad subrogada se encuentra legalizada. En todo caso, y de manera acertada, la proposición de ley excluye la posibilidad de existencia de relaciones de subordinación entre gestante y comitente(s) de naturaleza económica, laboral o de prestación de servicios, circunstancias que podrían viciar de manera decisiva el consentimiento de la gestante.

54 Véase ROMEO CASABONA, Carlos María: *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 220.

55 Como pone de manifiesto LAMM en la doctrina dicho fenómeno se conoce con la denominación de subrogación social consistente en las modalidades de gestación por sustitución en las que una mujer capaz de gestar decide que sea otra la que lleve adelante la gestación de su hijo por razones de estética o confort. Véase LAMM, Eleonora: "Gestación por sustitución", *InDret*, 3/2012, p. 37.

56 Así la califican igualmente en el marco de la proposición de ley de gestación subrogada de la Asociación para la Gestación Subrogada en España NAVARRO MARTÍNEZ, María del Mar/ JIMÉNEZ GONZÁLEZ, Joaquín/MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Laura/MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Lola/PINILLOS CAPEL, María del Divino Amor: "Comentarios a la iniciativa legislativa popular de gestación subrogada", *Revista Bioderecho.es*, Vol. 1, núm. 1, 2014, p. 5.

nacido mediante el recurso a la gestación por sustitución como consecuencia de la confusión de roles familiares que se puede producir (abuela o tía que a la vez son madres junto con la de intención) se encuentra, en mi opinión, lejos de resultar acreditado con un mínimo de rigor metodológico y no supera el *status* de mera elucubración teórica. Ello, por un lado, porque en mi opinión, el rol de madre (como el de padre) –y con independencia de lo que establece al efecto la normativa civil– lo determina primaria y fundamentalmente una relación afectiva prolongada en el tiempo y no el haber dado a luz a una persona. En todo caso, lo que habrá que comprobar es que el entorno familiar del futuro nacido (dado que en este caso se está "programando" el hecho reproductivo) goza del suficiente equilibrio y estabilidad para que en el seno del mismo se pueda asumir dicha situación de manera natural.

8) La proposición de ley del Grupo Ciudadanos contiene un capítulo III en el que se abordan las cuestiones asociadas a la fecundación, parto y filiación, incluyendo la regulación de los supuestos de premoriencia de uno de los dos progenitores subrogantes o de los progenitores subrogantes durante la gestación. Al amparo de la proposición de ley, la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución quedaría regulada por las leyes civiles con las especificaciones establecidas en la propia proposición de ley. De esta manera, se excluye el vínculo de filiación entre la mujer gestante y el niño o niños que pudieran nacer y se dispone que no se contendrán en ningún caso en la inscripción en el Registro Civil datos que permitan inferir el carácter de la generación. Por otro lado, se establece que en el caso de parejas, el progenitor subrogante que no hubiera aportado material genético a la gestación por subrogación podrá manifestar conforme a la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto del hijo(s) del progenitor subrogante que sí lo hubiese aportado.

9) Finalmente, la proposición de ley dispone la creación del Registro Nacional de gestación por subrogación configurado como registro administrativo en el que se inscribirían las mujeres que deseen ser gestantes por sustitución y cumplan los requisitos legales así como, en una sección específica, los contratos de gestación por subrogación que se formalicen.

Incluso la proposición incluye una previsión específica acerca de las competencias asignadas a la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, siendo aquel el órgano encargado de asesorar, orientar e informar sobre el ejercicio de la gestación por sustitución.

4.2. Propuesta de bases generales para la regulación en España de la gestación por sustitución (Grupo de Ética y Buena Práctica Clínica Sociedad Española de Fertilidad-SEF)

El documento parte de unas bases generales configuradas en torno a 13 puntos, entendidas como premisas esenciales sobre las cuales estructurar toda regulación en materia de gestación por sustitución, siendo los criterios básicos los siguientes⁵⁷:

- por un lado, se parte del carácter excepcional con el que debe contemplarse la gestación por sustitución, excluyendo su consideración como un tratamiento reproductivo más. Ello implica la exigencia de que la misma se desarrolle en un contexto eminentemente médico habiéndose agotado otros tratamientos de fertilidad, sin perjuicio de reconocer el acceso en los supuestos de esterilidad estructural (parejas gays y hombres sin pareja).
- Se establece la necesidad tanto para la gestante como para los padres de intención de reunir una serie de requisitos relativos a la edad, capacidad, salud, así como la exigencia de comprobación mediante un informe de trabajador social de que la situación socioeconómica de la gestante excluye una situación de grave necesidad susceptible de instrumentalización en este contexto.
- Se limita a dos el máximo de embriones a transferir a la gestante y se establece la necesidad de suscripción de un seguro médico en previsión de cualquier complicación de salud de la gestante, garantizando a la misma el apoyo psicológico durante el embarazo y después del parto.
- Se considera recomendable que, al menos uno de los miembros de la pareja de intención (o la persona subrogada, de actuar sola) aporte sus gametos puesto que en caso contrario el grupo considera que desaparece la justificación para acudir a dicha técnica. Por otro lado, se excluye que la gestante aporte su propio material genético (óvulo) básicamente con la finalidad doble de evitar la vinculación genética entre aquella y el futuro hijo y de cumplir con la exigencia de anonimato fijada en la Ley 14/2006 en relación con la donación de gametos.
- Se estima imprescindible que la gestante tenga previamente un hijo propio sano con el fin de que su consentimiento resulte informado en relación con las implicaciones de un embarazo.
- Se excluyen relaciones de parentesco, laborales o de dependencia institucional o jerárquica entre la gestante y los padres de intención.

⁵⁷ Véase GRUPO DE ÉTICA Y BUENA PRÁCTICA CLÍNICA DE LA SEF (NUÑEZ, Rocío/FEITO, Lydia/ABELLÁN, Fernando -Coords.-). Propuesta de bases generales

para la regulación en España de la gestación por sustitución (Grupo de Ética y Buena Práctica Clínica Sociedad Española de Fertilidad-SEF). [online]. Madrid, 15 de diciembre de 2015, pp. 2 y ss. Disponible en la URL: <<http://www.sefertilidad.net/docs/grupos/etica/propuestaBases.pdf>> [Con acceso el 15 de diciembre de 2018].

- No se admite el pago de precio a la gestante, aceptándose únicamente una compensación económica por las molestias (ausencia de ánimo de lucro).
- Se establece la necesidad de que sea un Comité Ético el que informe previamente todas las solicitudes con carácter previo a la práctica de la técnica.
- A diferencia de la proposición de ley del Grupo Ciudadanos se exige aprobación judicial previa al inicio del proceso clínico en el marco de la cual se comprobarán las distintas exigencias legales (consentimiento informado, ausencia de explotación de la mujer o de tráfico de niños, etc.).
- Se prevé la creación por parte de la Administración de un registro de gestantes por sustitución.
- Se admite la existencia de agencias intermediarias entre gestantes y padres de intención pero deberán ser entidades sin ánimo de lucro en forma de asociaciones de pacientes, fundaciones, ONG, etc.⁵⁸.

4.3. Proposición de Ley de gestación subrogada de la Asociación para la Gestación Subrogada en España

En el marco de sus actividades la Asociación para la legalización y regulación de la gestación subrogada en España ha elaborado una proposición de ley con la finalidad de introducir una regulación en esta materia en nuestro país que acabe con el régimen de nulidad de pleno derecho de la que adolece dicha técnica al amparo de la ley 14/2006⁵⁹. Se trata

⁵⁸ El criterio sostenido en este punto coincide con la argumentación mantenida en relación con el particular por ROMEO CASABONA en su voto particular al Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada, quien aboga por que las tareas de intermediación, tanto en nuestro país como en el extranjero, fueran asumidas por entidades mixtas sin ánimo de lucro. Véase COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA. Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada. [online]. Madrid, 19 de mayo de 2017, p. 92. Disponible en la URL: <<http://www.comitedebioetica.es/>> [Con acceso el 15 de agosto de 2018].

⁵⁹ En la génesis de esta iniciativa además de algún supuesto particular, se citan argumentos como la diferencia injustificada de trato que supone, al amparo de la legislación vigente en España, que una mujer que no tiene ovarios pueda ser madre aún cuando el óvulo vaya a ser de una tercera persona, pero que una posibilidad análoga no se ofrezca a la mujer que carece de útero. Véase NAVARRO MARTÍNEZ, María del Mar/JIMÉNEZ GONZÁLEZ, Joaquín/MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Laura/

de un texto articulado compuesto de una exposición de motivos y tres capítulos en los que se abordan respectivamente las disposiciones generales (capítulo I), los participantes y los contratos de gestación por sustitución (capítulo II) y el registro de gestación por subrogación (capítulo III).

Desde el punto de vista de la mujer gestante se establece que aquella no podrá aportar material genético propio y que no cabrá, al amparo de una gestación por sustitución realizada con todas las exigencias legales, establecer vínculo de filiación alguno entre la mujer gestante y el niño o niños que pudieran nacer a través de esta técnica. Además deberá haber residido en España durante los dos años inmediatamente anteriores a la formalización del contrato de gestación por sustitución, disponer de una situación socioeconómica estable –con la finalidad de que no se mueva fundamentalmente por un móvil lucrativo, circunstancia, por otro lado, incompatible con el carácter altruista que la proposición de ley atribuye a la técnica–, tener más de 18 años, buen estado de salud psicofísica, plena capacidad de obrar y haber gestado al menos un hijo sano con anterioridad que esté vivo. En todo caso, al amparo de esta proposición no se excluye que la mujer gestante tenga algún vínculo (por ejemplo, familiar aunque puede ser de otro tipo) con los padres de intención. Este aspecto resulta importante pues contradice el criterio sostenido sobre el particular tanto en la proposición de ley del grupo Ciudadanos como en el documento de la Sociedad española de Fertilidad y, en mi opinión, resulta mucho más realista que las dos últimas citadas pues normalmente la clase de altruismo que se exige para llevar a cabo la gestación por sustitución difícilmente resulta concebible fuera de relaciones familiares (o, eventualmente, de relaciones de amistad análogas a las anteriores)⁶⁰. Finalmente, y en relación con las garantías para la gestante se impone la obligación a cargo de los padres de intención de formalizar en su

MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Lola/PINILLOS CAPEL, María del Divino Amor: “Comentarios a la iniciativa legislativa popular de gestación subrogada”, *cit.*, p. 3.

⁶⁰ En el mismo sentido, NAVARRO MARTÍNEZ/JIMÉNEZ GONZÁLEZ/MARTÍNEZ SÁNCHEZ/PINILLOS CAPEL ponen de manifiesto que en numerosas ocasiones existirá vínculo con los progenitores subrogantes y será alguna mujer de la propia familia o una amiga la que quiera prestarse a ser mujer gestante, existiendo para el caso de personas que no estén en dicha situación el Registro Nacional de Gestación por Subrogación que permitirá encontrar a una mujer gestante idónea. Véase NAVARRO MARTÍNEZ, María del Mar/JIMÉNEZ GONZÁLEZ, Joaquín/MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Laura/MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Lola/PINILLOS CAPEL, María del Divino Amor: “Comentarios a la iniciativa legislativa popular de gestación subrogada”, *Revisita Bioderecho.es*, Vol. 1, núm. 1, 2014, p. 7.

favor un seguro que cubra con hasta un millón de euros las contingencias que puedan derivarse como consecuencia de la aplicación de la técnica de reproducción asistida y posterior gestación y parto.

En relación con el progenitor o los progenitores subrogantes, que deberán ser españoles o haber residido en España durante los dos años anteriores a la formalización del contrato de gestación por subrogación –en el caso de parejas basta con que uno de los miembros cumpla dicha condición–⁶¹ se impone que hayan agotado o sean incompatibles con otras técnicas de reproducción humana asistida.

En cuanto a la estructuración de la gestación por subrogación que configura la proposición de ley, se impide que aquella tenga carácter lucrativo o comercial, por lo que quedaría restringida a la modalidad altruista en la que se podrá fijar una compensación económica resarcitoria a cargo de los progenitores subrogantes para compensar las molestias físicas, los gastos de desplazamiento y laborales y el lucro cesante inherentes al procedimiento y proporcionar a la mujer gestante las condiciones idóneas durante los estudios y tratamiento pregestacional, la gestación y el parto.

En relación con el contrato de gestación por sustitución se prevé que el mismo deberá otorgarse ante Notario⁶² y con carácter previo a la aplicación de cualquier técnica de reproducción asistida. Para suscribir el mismo en condición de gestante, la mujer debe estar inscrita en un Registro de gestación por subrogación que regula la propia proposición de ley⁶³. Por último, la proposición de ley regula aspectos como la determinación legal de la filiación de los

hijos nacidos mediante gestación por subrogación y los supuestos de premoriencia de uno o de los progenitores subrogantes.

4.4. Informe del Comité de Bioética de España⁶⁴ sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada

En mayo de 2017 el Comité de Bioética de España emitió un detallado informe acerca de las implicaciones de la gestación por sustitución bajo el título “Informe sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada”. Particular interés ostenta, a efectos de nuestro estudio, la posición de fondo mantenida por el Comité dado el prestigio con el que el cuenta en atención a la trayectoria científica e investigadora de algunos de sus miembros.

La posición de fondo del informe en relación con la gestación por sustitución es profundamente crítica, planteando incluso la necesidad de una prohibición internacional de esta práctica⁶⁵. Los argumentos de fondo en este sentido manejados por la mayoría del Comité sería sustancialmente los siguientes⁶⁶:

64 El **Comité de Bioética de España** es un órgano colegiado, independiente y de carácter consultivo creado en virtud de la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica, desarrollando sus funciones con plena transparencia, sobre materias relacionadas con las implicaciones éticas y sociales de la Biomedicina y Ciencias de la Salud. El Comité quedó constituido el 22 de octubre de 2008 y está adscrito al Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. Tiene la misión de emitir informes, propuestas y recomendaciones para los poderes públicos de ámbito estatal y autonómico sobre materias relacionadas con las implicaciones éticas y sociales de la Biomedicina y Ciencias de la Salud. Asimismo, se le asignan las funciones de establecer los principios generales para la elaboración de códigos de buenas prácticas de investigación científica y la de representar a España en los foros y organismos supranacionales e internacionales implicados en la Bioética. Véase Comité de Bioética de España. [online]. Disponible en la URL: <<http://www.comitedebioetica.es/>> [Con acceso el 15 de agosto de 2018].

65 Igualmente favorable a la consecución de una regulación a nivel internacional con el fin de “evitar el fomento del turismo reproductivo y con él de las agencias intermediarias que obtienen grandes beneficios a costa en muchos casos de la necesidad de las mujeres que acceden a esta práctica en muchos países como un método de supervivencia o de superación de la pobreza” se muestra SALAZAR BENÍTEZ. Véase SALAZAR BENÍTEZ, Octavio: “La gestación por sustitución desde una perspectiva jurídica: algunas reflexiones sobre el conflicto entre deseos y derechos”, *Revista de Derecho Político*, 99, 2017, p. 116. Evidencia la correlación entre turismo reproductivo y la diversidad de respuestas locales ante el fenómeno de la maternidad subrogada así como la compleja problemática que dicha situación implica LAMM, Eleonora: “Gestación por sustitución”, *cit.*, pp. 21 y s.

66 Véase COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA. Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos

61 A través de dicha exigencia se busca que los padres de intención tengan una vinculación efectiva con España (bien por ser nacionales o por haber residido de manera efectiva en el país durante los dos años anteriores a la formalización del contrato) evitando el turismo reproductivo asociado a las diferencias en la admisibilidad de la maternidad subrogada en los distintos estados.

62 En el marco de esta proposición de ley no se exige intervención judicial sino que la garantía en el proceso es aportada por la intervención notarial. En opinión de SALES PALLARÉS ello permite la consecución de un doble objetivo: por un lado, se alivia el colapso judicial al no exigir la intervención judicial en la elaboración y firma del contrato y, por otro, se garantiza para todas las partes implicadas las debidas garantías. Véase SALES PALLARÉS, Lorena: “La iniciativa legislativa popular para la regulación de la gestación por subrogación en España: un estudio desde la función del notario en el contrato de gestación por sustitución”, *cit.*, p. 101.

63 En una sección específica del mismo se registrarán asimismo los contratos de gestación por sustitución que se otorguen de acuerdo con el art. 11 Proposición de Ley gestación subrogada de la Asociación para la Gestación Subrogada en España.

- La maternidad subrogada implica en todo caso una explotación de la mujer.
- El interés del menor resulta dañado en el marco de dicha práctica reproductiva.
- Se considera que las propuestas regulatorias que se manejan (tanto la altruista como la comercial en sus diferentes variantes) son claramente deficientes en la tutela de la dignidad y de los derechos de la gestante y del menor.

Con base en dichos argumentos el Comité de Bioética de España se pronuncia a favor de una reforma legal orientada por tres criterios básicos:

a) Principio de mínima intervención: en una interpretación ciertamente singular de dicho principio el Comité afirma que la “reforma debería orientarse a lograr que la nulidad de esos contratos (*sic* de gestación por sustitución) sea también aplicable a aquellos celebrados en el extranjero. Para contribuir a la efectividad de la medida podría considerarse la posibilidad de sancionar a las agencias que se dedicaran a esta actividad. Solo en el caso de que estas medidas resultaran insuficientes para impedir la gestación por sustitución en el extranjero se debería considerar la posibilidad de recurrir a otras medidas legales que reforzaran su cumplimiento”⁶⁷.

b) Búsqueda de la consecución de una prohibición universal de la maternidad subrogada internacional. En este punto, el Comité de Bioética aboga porque España defienda en el seno de la comunidad internacional la adopción de medidas dirigidas a prohibir la celebración de contratos de gestación por sustitución a nivel internacional.

c) Proceso de transición segura hacia la situación de regulación más efectiva con la finalidad de

que las situaciones generadas en ese *iter* temporal que pueda transcurrir hasta la consecución de dicho nuevo *status* no genere como efecto colateral la desprotección de los niños que nazcan en el marco de estos procesos, para lo que se garantizará que su filiación en el extranjero se realice conforme a la doctrina establecida por el TS⁶⁸.

No obstante, la posición mayoritaria en el seno del Comité de Bioética en materia de gestación por sustitución ha sido matizada en el voto particular emitido por el vocal ROMEO CASABONA, autor que, si bien parte de una coincidencia básica con el criterio mayoritario (voto concurrente), aporta un conjunto de argumentos y precisiones que, en mi opinión, sitúan el debate en términos más racionales que los sostenidos por la postura preponderante en el seno del Comité. El criterio básico de ROMEO CASABONA consiste en aceptar –en el contexto vigente caracterizada por un cierto descontrol y por la postergación del sistema jurídico español en el marco de las prácticas de maternidad subrogada– la actual situación de nulidad de pleno derecho de los contratos de gestación por sustitución establecida en la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (aceptando incluso determinadas propuestas de reforzamiento del régimen legal actual con el fin de que la voluntad de la ley sea efectivamente respetada).

No obstante, el mencionado autor considera que la anterior no debe contemplarse como respuesta definitiva y aboga por la posibilidad, en un hipotético ulterior contexto de mayor seguridad jurídica, de abrir la maternidad subrogada a ciertas situaciones excepcionales, teniendo como ejes de toda modificación por este orden, los intereses de los hijos, los de las madres gestantes y los de los padres comitentes. En este sentido, ROMEO CASABONA pone de manifiesto que la maternidad subrogada no está desprovista de valores éticos que merecen ser reconocidos siempre que se sea capaz de eliminar o reducir otros de carácter negativo que podrían postergar los primeros. En concreto, el citado autor considera que dicha técnica puede promover la solidaridad entre personas y el altruismo (presentes no sólo en el marco de relaciones familiares) así como permitir que parejas infértiles patológica o funcionalmente heterosexuales u homosexuales puedan tener descendencia dentro de

éticos y jurídicos de la maternidad subrogada. [online]. Madrid, 19 de mayo de 2017, p. 86. Disponible en la URL: <<http://www.comitedebioetica.es/>> [Con acceso el 15 de agosto de 2018]. No obstante, procede poner de manifiesto que si bien algunos miembros del Comité (posición minoritaria) aceptan en línea de principio que la gestación por subrogación pueda regularse de modo que compaginaría la satisfacción del deseo de unos de tener un hijo con la garantía de los derechos de los otros (menores y mujeres potencialmente gestantes, fundamentalmente) no alcanzan a ver la fórmula de hacerlo en el contexto actual.

67 Ibidem, pp. 86 y s. No obstante, en mi opinión, la plasmación material que se realiza en dicho punto del principio de mínima intervención contradice completamente la esencia del referido principio en su aplicación a la gestación por sustitución.

68 En relación con el particular, VELA SÁNCHEZ se pronuncia de manera extraordinariamente crítica con los argumentos de fondo manejados en el Informe del Comité de Bioética de España, véase VELA SÁNCHEZ, Antonio J.: “¿En serio? Yo alucino con el comité”, *Diario La Ley*, n° 9035, 6 de septiembre de 2017.

un conjunto de principios y reglas⁶⁹. Frente a lo anterior concurre el riesgo de explotación de la gestante⁷⁰ y de que el aspecto mercantilista se sitúe en el núcleo de la gestación sin que quepa afirmar que ello ocurra en todos los casos por lo que resulta importante discriminar las diferentes situaciones y contextos en los que se pueda desarrollar la gestación por sustitución como base de una futura regulación en este ámbito.

4.5. Hacia un nuevo marco legal en materia de maternidad subrogada en España

En mi opinión, la posición mayoritaria mantenida por el Comité de Bioética de España resulta muy poco matizada y asume de manera acrítica y muy poco ponderada ciertos argumentos ciertamente maximalistas en el plano ético, lo que explica la propuesta de prohibición no sólo a nivel nacional sino igualmente internacional que constituye el corolario al informe del Comité de Bioética.

Materialmente dicha cuestión se vincula con el interrogante acerca de la existencia de un derecho a la procreación o a la reproducción como tal, derecho por otro lado, carente de reconocimiento expreso en la Constitución ni en las Declaraciones y Convenios Internacionales.

Siguiendo a ROMEO CASABONA se puede, no obstante, vincular la problemática anterior con la configuración y el grado de reconocimiento del

derecho a fundar una familia. De acuerdo con el autor citado⁷¹ de la protección de la intimidad familiar (art.18 CE) cabría derivar la existencia de una garantía de la libertad de los ciudadanos sobre la decisión de tener o no descendencia así como su planificación en el tiempo en la esfera familiar sin que se faculte la intromisión de los poderes públicos en tales decisiones cualquiera que sea su razón, puesto que afectaría a la esfera privada (intimidad familiar). DOMÍNGUEZ RODRIGO⁷² establece, en este sentido, que el derecho a la procreación en el seno de la libertad de fundar una familia se erige en manifestación de la privacidad determinada por el libre desarrollo de la personalidad con un doble contenido; por un lado, de positiva participación en la creación familiar y, por otro lado, de obstáculo a las intromisiones en la intimidad que garantiza las libertades de elección que aquella positiva participación conlleva.

No obstante, en el marco de las modernas formas de maternidad/paternidad y, en concreto, de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, ROMEO CASABONA evidencia acertadamente la asunción de una necesaria renuncia a la intimidad familiar, originándose una dependencia de terceros y de recursos técnicos para el logro del fin procreativo y/o el de fundar una familia. En este contexto, emergen con carácter preferente los intereses colectivos en el ámbito familiar, lo que justifica las limitaciones impuestas en instituciones como la adopción, a la utilización de las técnicas de reproducción asistida o, en el tema que nos ocupa, es decir, en el ámbito de la eventual realización del proyecto procreativo a través de la maternidad subrogada en la que se involucra de manera directa y necesariamente a tercero (en particular, a la gestante) en el desarrollo del proceso reproductivo⁷³.

69 En este sentido, y como uno de los argumentos favorables a la maternidad subrogada PÉREZ MONGE pone de manifiesto que actualmente ha descendido el número de niños dados en adopción y a través de la maternidad subrogada se busca la procedencia genética del nacido respecto de la persona o personas comitentes (lo cual en ningún caso prejuzga la posición de la referida autora en materia de maternidad subrogada). Véase PÉREZ MONGE, Marina: "Cuestiones actuales de la maternidad subrogada en España: regulación *versus* realidad", *cit.*, p. 44.

70 Sitúa dicho argumento en el centro del debate FERNÁNDEZ MUÑOZ al establecer que "se puede entender que toda clase de gestación por sustitución es una forma de trata de mujeres por suponer una instrumentalización de la mujer para procurar un hijo a otra persona, aunque independientemente de llegar o no a esta conclusión, sí que parece indiscutible que la realidad que estamos observando pone de manifiesto que con la internacionalización de la gestación subrogada la explotación de mujeres ocurre ya con una triste cotidianidad". Véase FERNÁNDEZ MUÑOZ, Pablo Ignacio: "Gestación subrogada ¿Cuestión de derechos?", *Dilemata*, 26, 2018, p. 30. Aceptando que en el contexto de la maternidad subrogada se puedan producir situaciones de explotación de la mujer (incluso que ello resultará frecuente en el contexto internacional particularmente en los países menos garantistas con los derechos de las mujeres) discrepo en la consideración de que ello resultará cierto en todos los casos de gestación subrogada.

71 Al dato anterior, añade ROMEO CASABONA la consideración de que la visión completa del derecho del art. 18.1 CE se obtiene, en primer lugar, a través del art. 10.1 CE (libre desarrollo de la personalidad como fundamento del orden político y de la paz social) y del art. 10.2 CE (efecto integrador de la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales ratificados por España para la interpretación de las normas relativas a los Derechos fundamentales y a las libertades públicas). Véase ROMEO CASABONA, Carlos María: *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, *cit.*, pp. 120 y s.

72 Véase DOMÍNGUEZ RODRIGO, Luis María: "Los derechos procreativos como expresión del derecho al libre desarrollo de la personalidad en el seno de las unidades familiares no matrimoniales" en Rafael GÓMEZ-FERRER MORANT (Coord.): *Libro Homenaje al Profesor José Luis Villar Palasi*, Civitas, Madrid, 1989, p. 362.

73 ROMEO CASABONA evidencia que, una vez sentada la legitimidad constitucional de establecer límites al recurso a las técnicas de reproducción asistida (conviene no olvidar que

En relación con el referido “derecho a procrear” BENÍTEZ ORTUZAR⁷⁴ establece como vertientes más problemáticas con respecto a este presunto derecho las siguientes; la maternidad subrogada, la ectogénesis y, de manera indirecta, la posibilidad de comercializar los gametos o preembriones a utilizar en las técnicas de reproducción asistida. En la esfera de la maternidad subrogada el referido autor⁷⁵, partiendo de que por sí misma no afecta ni al derecho a la vida digna derivado del art. 15 CE ni a la protección de la salud del art. 43 CE, acepta que ni del art. 32 ni del art. 39 CE se puede extraer un derecho del hombre ni de la mujer a procrear, pero deriva tal derecho de los valores libertad e igualdad (valores superiores del Ordenamiento Jurídico en virtud del art. 1.1 CE), estimando que se trata de un derecho simplemente negativo –consistente en no poder ser impedido su ejercicio por el Estado o por un tercero– de ejercicio individual o colectivo.

De acuerdo con BENÍTEZ ORTUZAR⁷⁶ la interpretación más correcta sería la que estima que el legislador ordinario tiene campo abierto para reconocer los tipos de familia que estime oportunos de acuerdo con la evolución de la sociedad, por lo que resultaría completamente legítimo que legislase posibilitando la maternidad subrogada.

Personalmente considero que toda propuesta de regulación debe pasar por un análisis ponderado de las alternativas en presencia: en el caso español las mismas serían fundamentalmente dos: por un lado, el mantenimiento de la situación legislativa actual consistente en la nulidad de pleno derecho de todo contrato de gestación por sustitución al amparo de la Ley 14/2006 (pudiendo, eventualmente plantearse la

articulación de prohibiciones específicas en la esfera sancionatoria administrativa e incluso penal como ocurre en países como Alemania o Francia) o el planteamiento de una opción más aperturista en relación con la maternidad subrogada que plantee una eventual legalización de dicha técnica bajo determinadas condiciones ciertamente estrictas. Este segundo planteamiento exigiría un análisis detallado de los argumentos contrarios y favorables a la admisibilidad de la gestación por sustitución pero no con criterios maximalistas (igualando por defecto todas las modalidades de práctica de dicha técnica, asumiendo, por ejemplo –en mi opinión de manera errónea– el criterio de que las objeciones que puede plantear la modalidad comercial y altruista son prácticamente las mismas).

A mi modo de entender las posiciones más sólidas de entre las planteadas en el marco de la doctrina bioética son las sostenidas por autores como ROMEO CASABONA en su voto particular al Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada⁷⁷, por la filósofa e historiadora francesa Elisabeth BADINTER que habla de una *Gestación por sustitución ética* (“Gestation par Autrui Éthique”)⁷⁸ así como por

77 En este punto cabe poner de manifiesto que si bien ROMEO CASABONA sostiene en el referido voto particular que el mismo se emite “dejando sentada mi coincidencia en lo básico con el mismo, sin perjuicio de que con los breves comentarios que presento a continuación pretendo únicamente matizar algunos razonamientos del Informe y dejar puertas abiertas a algunas perspectivas de reflexión hacia el futuro, en la medida en que la situación, la seguridad jurídica y las valoraciones sociales así lo aconsejen”, el voto particular en cuestión va mucho más allá del planteamiento de meras matizaciones al Informe del Comité de Bioética y plantea posibilidades regulatorias materialmente opuestas –si bien, al menos en mi opinión, mucho más acertadas– al criterio sentado en el referido Informe.

78 La referida autora asocia el concepto de Gestación por sustitución ética (“GPA éthique”) al hecho de que la misma se encuentre rigurosamente controlada (en la traducción literal del francés “encuadrada” –*encadrée*–), es decir, decidida y bajo la vigilancia de psicólogos y jueces. Únicamente podrían acceder a la misma las parejas o personas solteras que realmente lo necesitasen, y las mujeres gestantes deberían cumplir una serie de condiciones: tener menos de 35 años, haber sido madres previamente, encontrarse en buen estado de salud, ser gestante para tercero(s) en una ocasión como máximo y disponer de un nivel de vida adecuado. Se trataría de una maternidad subrogada altruista si bien debería compensarse a la mujer gestante por los gastos y pérdidas (laborales, etc.) generados durante la gestación. Véase DURIEZ, Isabelle/TORANIAN, Valérie. Elisabeth Badinter: “Je suis pour une GPA éthique”. *Elle.fr*. [online]. Disponible en la URL: <<http://www.elle.fr/Societe/Les-enquetes/Elisabeth-Badinter-Je-suis-pour-une-GPA-ethique-2383496>> [Con acceso el 15 de diciembre de 2018].

Por otro lado, y en una tribuna publicada en el diario *Le Monde* y firmada por 110 intelectuales y personalidades francesas se expresa la idea de que no se puede ignorar por más tiempo a los niños nacidos por gestación por sustitución

no existe ningún derecho constitucional absoluto), el derecho a fundar una familia y a la procreación acogería también el recurso a estas técnicas, en el sentido de que no se puede prohibir dicho recurso si no interfieren otros intereses preferentes, reforzado cuando se pretende combatir a través de ellas la esterilidad de la persona en cuanto enfermedad o de prevenir enfermedades hereditarias en la descendencia, y ello con base en la obligación que concierne a los poderes públicos derivada del derecho constitucional a la protección de la salud (art. 43.1 y 2 CE). Véase ROMEO CASABONA, Carlos María: *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, cit., p. 124.

74 Véase BENÍTEZ ORTUZAR, Ignacio Francisco: *Aspectos jurídico-penales de la reproducción asistida y la manipulación genética humana*, cit., p. 192.

75 Véase BENÍTEZ ORTUZAR, Ignacio Francisco: *Aspectos jurídico-penales de la reproducción asistida y la manipulación genética humana*, cit., pp. 192 y ss.

76 Véase BENÍTEZ ORTUZAR, Ignacio Francisco: *Aspectos jurídico-penales de la reproducción asistida y la manipulación genética humana*, cit., p. 199

ATIENZA⁷⁹ en diversos trabajos sobre el particular⁸⁰. Siguiendo dicho planteamiento teórico considero que resulta necesario fomentar un debate bioético⁸¹ sobre

y se aboga por una reforma urgente de las leyes de Bioética en Francia. Véase LE MONDE. On ne peut plus ignorer les enfants nés par GPA. [online]. 16 de enero de 2018. Disponible en la URL: <https://www.lemonde.fr/idees/article/2018/01/16/on-ne-peut-plus-ignorer-les-enfants-nes-par-gpa_5242580_3232.html> [Con acceso el 15 de diciembre de 2018],

79 La argumentación de ATIENZA en este punto asume que la gestación por sustitución es compatible con los tres grandes principios que presiden la Bioética (principio de dignidad y de no causar un daño injustificado, el de autonomía y el de igualdad), por lo que habría que considerar que la gestación por sustitución no va en contra del orden público de ninguno de los sistemas jurídicos pertenecientes al constitucionalismo contemporáneo lo que explicaría que en alguno de dichos países dichos contratos se encuentren positivamente regulados (caso de California u otros estados de EEUU). Véase ATIENZA, Manuel: “De nuevo sobre las madres de alquiler”, *cit.*, p. 56. Asimismo, el referido autor considera que no existen razones para prohibir la gestación por subrogación con carácter general pues ni va contra la dignidad del niño (al no ser tratado con crueldad ni pierde ninguno de sus derechos por haber sido gestado de esa manera), ni atenta tampoco contra la autonomía de nadie, por lo que en lugar de prohibirla ATIENZA aboga por regular ese tipo de práctica de manera cuidadosa. Véase ATIENZA, Manuel: “Sobre la nueva Ley de Reproducción Humana Asistida”, *Revista de Bioética y Derecho*, 14, sept 2008, p. 7; ATIENZA, Manuel: “Dos falacias sobre la gestación por sustitución”, *El País-Opinión*, 21 junio 2017.

80 En una línea argumental cercana a la de los autores citados se sitúa RUIZ-RICO RUIZ quien evidencia que “la nulidad de la filiación en el caso de la maternidad subrogada solo sería válida, en términos constitucionales, si quedan afectados otros fines y bienes constitucionales (protección del menor, dignidad de la mujer). Establecidos legalmente los necesarios controles para evitar la lesión en algunos de estos fines y compromisos adquiridos por mandato constitucional, no tendría sentido restringir la autonomía individual de quienes desean alcanzar esa plenitud en su desarrollo personal mediante un acuerdo de voluntades para la gestación de una mujer con la que no se tiene relación o vínculo alguno convivencial o marital”. Véase RUIZ-RICO RUIZ, Gerardo: “La problemática constitucional derivada de las técnicas de reproducción humana asistida (THRA): el caso de la maternidad subrogada”, *cit.*, p. 75.

81 Dicho debate se está produciendo en los últimos años en diversas instancias y organismos resultando una muestra palmaria de lo anterior los distintos posicionamientos expresados en la Comisión Central de Deontología de la Organización Médica Colegial desde el año 2016 fundamentalmente. Para una ampliación sobre el particular, véase CARRASCO, Diego. La Deontológica de la OMC avala el “vientre de alquiler” altruista. *Diario Medico.com*. [online]. 16 de enero de 2017. Disponible en la URL: <<https://www.diariomedico.com/normativa/la-deontologica-de-la-omc-avalael-ventre-de-alquiler-altruista.html>> [Con acceso el 15 de agosto de 2018]; CARRASCO, Diego. Legalizar la maternidad subrogada comercial es aprobar la mercantilización de la vida. *Diario Medico.com*. [online]. 22 de abril de 2017. Disponible en la URL: <<https://www.diariomedico.com/normativa/legalizar-la-maternidad-subrogada-comercial-es-aprobar-la-mercantilizacion-de-la-vida.html>> [Con acceso el 15 de agosto de 2018]; REDACCIÓN. El embarazo alquilado se quedó en “aborto”. *Diario Medico.com*. [online]. 22 de diciembre de 2017. Disponible en la URL: <<https://www.diariomedico.com/especiales/anuarios/el-embarazo-alquilado-se-queda-en-un-aborto.html>> [Con acceso el 15 de agosto de 2018].

el tema de la maternidad subrogada desprovisto de todo maximalismo y, particularmente, que pondere los diferentes intereses en presencia en función de la concreta situación concurrente. Por ejemplo, un argumento fundamental de los detractores de la superación del actual marco normativo español en relación con dicha esfera (nulidad de pleno derecho del mencionado contrato) radica en la explotación a la que se somete a la gestante y en las altas probabilidades de mercantilización de los futuros hijos. No obstante, y estando completamente de acuerdo en la posibilidad de que ello ocurra en numerosas ocasiones, no considero por el contrario que las referidas afirmaciones resulten predicables en todos los supuestos de maternidad subrogada. Antes al contrario, en supuestos en los que la mujer gestante pertenece al círculo familiar cercano de/de los comitente(s), por citar tan sólo el supuesto más claro, suele ser relativamente extraño que pueda afirmarse una tal mercantilización de los hijos o una explotación de la gestante. Incluso como afirma ROMEO CASABONA no es descartable (aunque sí estadísticamente más extraño) que fuera del círculo familiar pueda emerger un verdadero altruismo que lleve a una mujer a gestar un hijo en favor de un/a individuo/pareja infértil (o, en su caso, en favor de un varón sin pareja). Pensemos, como supuesto más paradigmático, en casos de relaciones de amistad análogas en su intensidad y cariño recíproco a numerosas relaciones familiares en las que cabría que una mujer se preste a ser gestante en favor de una pareja infértil con la que le une una importante vinculación afectiva. En definitiva, la idea que me parece central en este punto es la de que la regulación positiva que se pueda adoptar en un futuro debe partir de un análisis riguroso de la constelación de supuestos hipotéticamente vinculados a la práctica de la maternidad subrogada huyendo de maximalismos éticos objeto de una acítica generalización⁸² por la vía de una prohibición efectiva o del establecimiento de una general nulidad de pleno derecho. Por el contrario, el eje de la argumentación debe situarse, en mi opinión, en la esfera de los controles y de las garantías⁸³

82 Entiendo que a dicha forma de abordar la cuestión se refiere ATIENZA cuando aboga por “construir una cierta tipología de situaciones posibles y tratar de ver cómo solucionar cada una de ellas”. En definitiva, el citado autor pone de manifiesto que el problema de la gestación por sustitución no puede abordarse como un debate en el que se trata simplemente de optar entre prohibir sin más dicha práctica o bien aceptar que debiera estar permitida en cualquier circunstancia. Véase ATIENZA, Manuel: “Dos falacias sobre la gestación por sustitución”, *El País-Opinión*, 21 de junio 2017.

83 Insiste sobre la importancia del establecimiento de “garantías suficientes” (a pesar de que nos encontramos ante un concepto jurídico indeterminado) con el fin de evitar prácticas de explotación de la gestante y de mercantilización de los

con la finalidad de (ante una hipotética admisibilidad legal de la maternidad subrogada en nuestro país bajo determinadas condiciones) conjurar el peligro siempre presente de explotación de la mujer o de mercantilización de los niños fruto de dicha técnica. De hecho, son los dos anteriores (evitación de toda forma de explotación de la gestante y de mercantilización de los menores nacidos de dicha técnica) los ejes fundamentales sobre los que se debe estructurar cualquier regulación⁸⁴ futura de la maternidad subrogada en España pues la experiencia comparada nos demuestra los enormes riesgos que para los derechos de las mujeres y de los menores pueden derivarse de una generalización descontrolada (o basada en escasos controles legales o aplicados de manera excesivamente laxa en la práctica) de dicha técnica. No obstante, el hecho de que en el marco de la gestación por sustitución puedan producirse intolerables vulneraciones de derechos de las mujeres y de los menores básicamente, en ningún caso debe conducir a la conclusión de que todo supuesto de maternidad subrogada implica la conculcación de tales derechos. Por el contrario, es la ausencia de controles y garantías⁸⁵ la que coloca a mujeres y menores en situación de riesgo para sus derechos, por lo que más que una nulidad de pleno derecho o una prohibición (en mi opinión no fundadas materialmente) lo que debe plantearse es un contexto en el que la maternidad subrogada pueda llevarse a cabo con plenitud de garantías legales (y controles correlativos) que impidan toda situación de abuso (en particular, en relación con las mujeres gestantes y los nacidos)⁸⁶.

menores, el Director General de los Registros y del Notariado en su Comparecencia ante la Comisión de Igualdad del Congreso de los Diputados del 29 de noviembre de 2017. Véase Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, Comisiones, Núm. 394, 29 de noviembre de 2017, p. 22.

84 Favorable a la regulación como mecanismo óptimo para evitar la explotación de las mujeres y lograr satisfacer el interés superior del menor se muestra LAMM, Véase LAMM, Eleonora: "Gestación por sustitución", *cit.*, pp. 31 y ss.

85 Incluso el Director General de los Registros y del Notariado en su comparecencia ante la Comisión de Igualdad del Congreso de los Diputados de 29 de noviembre de 2017 alertaba de que existen supuestos de adopción internacional que encubren una maternidad subrogada (refiriéndose en particular al caso de Ucrania), dificultando sobremanera la investigación del caso. Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, Comisiones, Núm. 394, 29 de noviembre de 2017, pp. 33 y ss.

86 Ello sería sustancialmente coherente con una tendencia existente en el derecho comparado en materia de maternidad subrogada, orientación caracterizada por una proliferación de regulaciones en este ámbito en numerosos estados y por una mayor flexibilización de las mencionadas normativas tal como pone de manifiesto Eleonora LAMM. Véase LAMM, Eleonora: "Gestación por sustitución", *cit.*, p. 18.

Con base en lo anterior considero que cabría plantear en España un cambio del marco normativo actualmente vigente⁸⁷, admitiendo la práctica de la maternidad subrogada bajo las condiciones siguientes:

1) Carácter altruista exclusivamente, quedando vedada la modalidad comercial en la que el móvil económico determina habitualmente una explotación de la situación de necesidad en la que se encuentra la gestante, pudiendo la mujer gestante –en línea con lo establecido en este punto en la Proposición de Ley del Grupo Parlamentario Ciudadanos– percibir una compensación resarcitoria limitada a cubrir los gastos estrictamente derivados de las molestias físicas, los de desplazamiento y los laborales junto con el lucro cesante inherentes a la gestación, así como proporcionar a la mujer gestante las condiciones idóneas durante los estudios y tratamiento gestacional, la gestación y el post-parto. No obstante, con la finalidad de evitar que dicha compensación económica encubriera pagos que excedieran los conceptos descritos (y, con ello, se abriera la puerta a la mercantilización del cuerpo de las gestantes) deberían articularse controles administrativos estrictos sobre dichas compensaciones incluyendo la fijación de límites cuantitativos por parte del Ministerio de Sanidad.

2) Debe partirse del carácter excepcional de dicho procedimiento reproductivo⁸⁸ por lo que solo debería permitirse el acceso al mismo como

87 Autoras como BLANCO-MORALES abogan en favor de la imperiosa necesidad de legislar la maternidad subrogada, intervención legislativa en el marco de la cual deberían concretarse, entre otros, aspectos como el carácter necesariamente altruista o no de dicha práctica, la necesidad, en su caso, de intervención de una autoridad pública, cuantía aproximada de lo que se considera como una "compensación razonable", posible existencia o no de vínculos familiares o afectivos entre los padres de intención y la gestante, etc. Véase BLANCO-MORALES LIMONES, Pilar. Una filiación: tres modalidades de establecimiento. La tensión entre la ley, la biología y el afecto. *Bitácora Millenium DiPr.* [online]. pp. 14 y ss. Disponible en la URL: <<http://www.millenniumdipr.com/ba-4-una-filiacion-tres-modalidades-de-establecimiento-la-tension-entre-la-ley-la-biologia-y-el-afecto>> [Con acceso el 15 de agosto de 2018].

88 En sentido contrario a la consideración de la gestación por sustitución como técnica reproductiva se pronuncia SALAZAR BENÍTEZ. Véase SALAZAR BENÍTEZ, Octavio: "La gestación por sustitución desde una perspectiva jurídica", *cit.*, p. 107. La Propuesta de bases para la regulación en España de la gestación por sustitución (Grupo de Ética y Buena Práctica Clínica de la Sociedad Española de Fertilidad), p. 2, si bien se muestra restrictiva con la admisibilidad de dicha técnica al considerar que "en modo alguno ha de verse como un tratamiento reproductivo más" expresa una concepción más amplia que la expresada por SALAZAR BENÍTEZ.

último recurso. Ello implica que deben haberse agotado otras alternativas médicas (otros tratamientos de fertilidad indicados en cada caso)⁸⁹ por lo que únicamente debería poder accederse a la maternidad subrogada en caso de presencia de una indicación médica o de una esterilidad constitucional (casos de parejas masculinas del mismo sexo o de un hombre solo). Con base en este requisito pretende evitarse el recurso a la maternidad subrogada por meras razones de “comodidad” por parte de los comitentes, básicamente con la finalidad de evitar las consecuencias que el proceso gestacional ostenta en diferentes órdenes (molestias físicas, seguimientos médicos, alteraciones en la agenda laboral, etc.) fundamentalmente para la mujer.

3) La mujer gestante no debería aportar material genético propio, habría de prestar un consentimiento informado y libre y tendría que reunir una serie de requisitos que garanticen su idoneidad para la práctica de dicha técnica: mayoría de edad (sin que supere una edad límite que debería igualmente quedar fijada), plena capacidad jurídica y de obrar, buen estado de salud psicofísica y mental, haber gestado al menos un hijo sano con anterioridad, disponer de una situación económica y familiar adecuadas, carecer de antecedentes penales o de abuso de drogas o alcohol y poseer la nacionalidad española o residencia legal en España⁹⁰. Asimismo, debería establecerse como garantía en favor de la salud de la mujer algún límite cuantitativo al número de ocasiones en los que la misma mujer actúa como gestante en el marco de la maternidad subrogada.

4) En cuanto a el/los comitente(s) también deberían establecerse una serie de requisitos necesarios: consentimiento informado, plena capacidad jurídica y de obrar, mayoría de edad sin que se supere una edad máxima a fijar previamente, tener nacionalidad española o residencia legal en

España (al menos uno de ellos si fueran pareja)⁹¹ y acreditar capacidad y aptitud para ejercer la responsabilidad parental. El material genético para la gestación por subrogación deberá proceder necesariamente del comitente (o, al menos de uno de los miembros de la pareja en su caso).

5) Absoluta libertad de la gestante para proceder a la interrupción voluntaria del embarazo al amparo de las causas previstas al efecto en la LO 2/2010. No obstante, de producirse la referida interrupción la mujer debería reintegrar las cantidades recibidas en concepto de compensación salvo que el aborto se produjese en virtud de lo previsto en el art. 15 LO 2/2010.

6) En la línea expresada en la Propuesta de bases para la regulación en España de la gestación por sustitución (Grupo de Ética y Buena Práctica Clínica de la Sociedad Española de Fertilidad)⁹² considero que, por un lado, habría de exigirse que un Comité Ético informara preceptivamente las solicitudes de gestación por sustitución verificando todos los aspectos vinculados con el proceso (idoneidad de la gestante, gratuidad del procedimiento, motivación de(l)/(los) comitente(s), etc.), así como la aprobación judicial previa al inicio del proceso clínico dirigida a comprobar la voluntariedad del consentimiento informado, ausencia de tráfico de niños y de explotación de la mujer, que se dispone de la documentación clínica y social prevista así como la existencia del informe favorable del Comité Ético mencionado *supra*, entre otros. En este sentido, países europeos que admiten la gestación por sustitución altruista como Reino Unido⁹³ y Grecia exigen

⁸⁹ La Propuesta de bases generales para la regulación en España de la gestación por sustitución (Grupo de Ética y Buena Práctica Clínica de la SEF) afirma, en mi opinión de manera plenamente acertada, que rige en este caso con especial intensidad el principio de la menor invasividad o progresividad de las intervenciones médicas que implica que cuando un problema médico puede solucionarse por mecanismos más sencillos que otros, los segundos solo están justificados si fracasan los primeros (p. 7).

⁹⁰ Tanto los requisitos consignados en este punto como los del punto siguiente se fundan esencialmente en los previstos a dichos efectos por la Proposición de Ley del Grupos Parlamentario Ciudadanos (arts. 6 a 8).

⁹¹ La exigencia de que tanto la gestante como que el comitente (o al menos uno de los comitentes si fueran pareja) tenga la nacionalidad española o la residencia legal en España persigue evitar fenómenos de turismo reproductivo que tienden a encubrir contextos de explotación de la mujer.

⁹² Véase GRUPO DE ÉTICA Y BUENA PRÁCTICA CLÍNICA DE LA SEF (NUÑEZ, Rocío/FEITO, Lydia/ABELLÁN, Fernando -Coords.-). Propuesta de bases generales para la regulación en España de la gestación por sustitución (Grupo de Ética y Buena Práctica Clínica Sociedad Española de Fertilidad-SEF). [online]. Madrid, 15 de diciembre de 2015, pp. 18 y ss. Disponible en la URL: <<http://www.sefertilidad.net/docs/grupos/etica/propuestaBases.pdf>> [Con acceso el 15 de diciembre de 2018].

⁹³ Para una ampliación acerca de la regulación británica, véase ALKORTA IDIAKEZ, Itziar: “La regulación jurídica de la maternidad subrogada”, en *La subrogación uterina: análisis de la situación actual*, Fundació Víctor Grifols i Lucas, 2010, pp. 77 y ss.; QUIÑONES ESCÁMEZ, Ana: “Doble filiación paterna de los gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada”, *InDret*, 3/2009, pp. 32 y ss.; AZNAR

la referida intervención judicial, si bien difieren en el momento en el que se produce la misma, siendo ex post al nacimiento en el primer caso (después de pasadas seis semanas del nacimiento con lo que se corre el riesgo de que la gestante se retracte y decida quedarse el niño) y previa al nacimiento (autorización ex ante) en el caso griego. La autorización judicial con base en un informe favorable del Comité de Ética tal como establece la Propuesta del Grupo de Ética y Buenas Prácticas Clínicas de la Sociedad Española de Fertilidad constituye a mi modo de entender la solución más garantista de los derechos de las partes implicadas (absolutamente coherente con los derechos fundamentales en juego en el marco del proceso) a la vez que dota de una gran seguridad jurídica al procedimiento⁹⁴.

7) Se debería prohibir la práctica de la gestación por sustitución cuando la mujer gestante se encuentre en una situación de subordinación laboral, económica o de prestación de servicios con respecto al/a los comitente(s).

8) El/Los comitente(s) una vez formalizado el contrato de gestación por sustitución y producida la transferencia embrionaria a la mujer no podrán impugnar la filiación del/los hijo(s) nacidos como consecuencia de dicha técnica, quedando los referidos comitentes obligados a promover la inscripción correspondiente a los efectos del art. 45 Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil debiendo aportar copia del contrato de gestación por sustitución debidamente registrado. De cualquier manera no podrá establecerse vínculo de filiación alguno entre la mujer gestante y el/los niños nacidos en virtud de maternidad subrogada, no pudiendo en ningún caso la inscripción en

el Registro Civil reflejar datos de los que quepa inferir el carácter de la generación⁹⁵.

9) Con el fin de garantizar la plena seguridad jurídica deberían establecerse normativamente los criterios en caso tanto de premoriencia de uno de los progenitores subrogantes como de fallecimiento de los comitentes durante la gestación.

10) Asimismo, considero absolutamente imprescindible la regulación normativa de un registro administrativo (Registro de Gestación por Sustitución o bajo denominación similar) en el que se inscribiesen las mujeres que desearan ser gestantes por subrogación necesariamente con carácter previo a la aplicación de la mencionada técnica. Asimismo, debería establecerse en el referido registro una sección específica en la que se inscribiesen los contratos de gestación subrogada una vez formalizados. El referido registro velaría esencialmente por la salud de las gestantes evitando que se sometan a dicha técnica excediendo las previsiones normativas establecidas al efecto y poniendo en peligro potencialmente su salud.

11) Finalmente, resulta fundamental en este punto establecer ciertas normas de funcionamiento para las agencias intermediarias, pues constituyen un eslabón fundamental en el marco del proceso. Coincido con la posición de ROMEO CASABONA quien aboga porque las tareas de intermediación (que en un marco legal que establezca la permisión de la maternidad subrogada bajo condiciones estrictas normativamente fijadas se reducirían significativamente) fueran asumidas exclusivamente por entidades mixtas sin ánimo de lucro⁹⁶.

DOMINGO, Antonio/DELGADO SÁNCHEZ, Alberto: "Regulación y análisis de la gestación por sustitución en España", *Diario La Ley*, 9099, 14 de diciembre de 2017.

94 En este punto, la solución aquí presentada me parece preferible en el plano de las garantías y de la seguridad jurídica a la formulada en la Proposición de Ley del Grupo Parlamentario Ciudadanos (art. 9) y en la Proposición de Ley de Gestación Subrogada de la Asociación por la Gestación Subrogada en España (art. 6) que prevén simplemente que el contrato de gestación por sustitución se otorgue ante Notario. Por el contrario, la Propuesta de Bases Generales para la regulación en España de la gestación por sustitución requiere autorización 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 de un Informe favorable del Comité Ético.

95 Dichos criterios de filiación de los hijos nacidos mediante gestación por subrogación se articulan de manera prácticamente idéntica tanto en la Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos (arts. 11 y 12) como en la Proposición de Ley de Gestación Subrogada de la Asociación por la Gestación Subrogada en España (arts. 7 y 8). En ambos proyectos normativos se prevé, a mi juicio de manera plenamente acertada, que en caso de revelación de la identidad de la mujer gestante por subrogación o del donante no progenitor subrogante en los supuestos que proceda conforme al art. 5.5 Ley 14/2006, ello no implica de ninguna manera determinación legal de la filiación.

96 Véase ROMEO CASABONA, Carlos María: "Las múltiples caras de la maternidad subrogada", *Folia Humanística*, nº 8 febrero-marzo 2018, p. 21. En sentido prácticamente análogo se pronuncia la Propuesta de Bases Generales para la Regulación en España de la Gestación por Sustitución (Grupo de ética y Buena Práctica Clínica de la SEF) que establece que podrán existir agencias intermediarias pero habrán de ser obligatoriamente sin ánimo de lucro (asociaciones de paciente,

Soy perfectamente consciente de que una tal regulación de la maternidad subrogada de carácter altruista con base en las importantes condiciones, controles y garantías exigidas no resultará suficiente para hacer frente a la demanda interior por parte de individuos/parejas deseosos de acudir a dicha técnica con fines reproductivos, lo cual mantendrá un cierto flujo de parejas españolas que se desplazan al extranjero para convertir en realidad su proyecto parental. No obstante, ello no resulta óbice para abrir la puerta a una regulación del tenor expuesto, máxime cuando bajo las condiciones referidas considero que la práctica de la maternidad subrogada resulta totalmente legítima y que queda conjurado cualquier peligro de explotación de la mujer o de mercantilización de los menores nacidos de gestación por sustitución.

Cuestión distinta es la gestión de los casos de práctica extraterritorial de la maternidad subrogada en el extranjero por parte de individuos o parejas españolas con la finalidad de retornar a nuestro país y de obtener el reconocimiento de la filiación en favor de los comitentes al amparo de la legalidad española. Ello plantea, como hemos puesto de manifiesto a lo largo del presente trabajo, cuestiones jurídicas de una enorme complejidad resueltas de manera diversa por parte de organismos públicos y órganos jurisdiccionales tanto nacionales como supranacionales (entre otros, la DGRN, Tribunal Supremo o el TEDH) por lo que nos encontramos lejos de poder suministrar una respuesta jurídica unívoca en dichos casos. De cualquier manera, estimo que en la resolución de tales conflictos la protección de la dignidad de la mujer (en particular, de la gestante por ser la más susceptible de instrumentalización y de explotación económica⁹⁷) y el

interés superior del menor⁹⁸ deben emerger como valores fundamentales objeto de tutela desde una perspectiva basada en el caso individual y no en generalizaciones o en prejuicios de orden moral.

ONGs, etc.) y la publicidad que hagan no podrán alentar esta práctica con la oferta de beneficios, debiendo la Administración Pública ocuparse de homologar a las agencias que intervengan en este procedimiento, exigiéndoles los requisitos y reglas de transparencia pertinentes y fijando los límites de compensación de sus servicios.

97 En este punto, coincido sustancialmente con HEREDIA CERVANTES quien pone de manifiesto que difícilmente se puede decir que se atente contra la dignidad de la gestante si consciente y voluntariamente aquella acepta someterse a la maternidad subrogada. Con base en lo anterior estima dicho autor que la gestación por sustitución no resulta *per se* contraria al orden público español existiendo, no obstante, supuestos en los que el reconocimiento de las relaciones de filiación establecidas en el extranjero al amparo de dicha técnica sí pueden afectar al orden público español, por ejemplo, en los casos en los que se hubiera empleado violencia contra la mujer o cualquier otro medio para conculcar su voluntad. Véase HEREDIA CERVANTES, Iván: “La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXVI, 2013, fasc. II, pp. 710 y ss.

98 CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ ponen de manifiesto que “el interés superior del menor” suele ser con frecuencia objeto de un acercamiento abstracto lo que constituye un error metodológico de notable magnitud. No se trataría de defender el interés superior de todos los menores o del menor-tipo sino de decidir la mejor solución para ese menor en concreto (con nombres y apellidos) implicado en el caso estudiado. Véase CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis/CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier: “Gestación por sustitución y Derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal europeo de Derechos Humanos”, *cit.*, p. 83. En el mismo sentido, véase ROURA GÓMEZ, Santiago: “Gestación subrogada y derechos del menor”, *El País-Opinión*, 14 de julio 2014.