



**Universitat Autònoma
de Barcelona**

**LA GESTACIÓN SUBROGADA Y LA DIGNIDAD DE
LA MUJER**

AUTORA: Sara Pacheco Blázquez

TRABAJO FINAL DE GRADO

ADMINISTRACIÓN Y DIRECCIÓN DE EMPRESAS + DERECHO

CURSO: 2018-2019

DIRECTORA: Dra. María Jesús García Morales

7 DE MAYO DE 2019

RESUMEN

La gestación subrogada es una técnica de reproducción asistida cada vez más presente en la sociedad española. El objetivo de este trabajo es desarrollar la gestación subrogada desde la perspectiva jurídico-positiva. Con este fin, se expone la regulación española y supranacional sobre maternidad subrogada.

Asimismo, la disparidad normativa existente en esta materia en los diferentes países del mundo, ha originado la creación de un turismo reproductivo. Por ello, este trabajo también desarrolla el derecho comparado sobre gestación subrogada y examina en detalle la legislación aplicable en dicha materia de diecisiete países con normativas diferentes. Finalmente, debido a la gran repercusión mediática que está tomando esta práctica, se analiza jurídicamente cómo afecta la misma a los derechos de la mujer gestante, especialmente al derecho a la dignidad humana.

PALABRAS CLAVE: mujer, dignidad, menor, contrato y gestación subrogada.

RESUM

La gestació subrogada és una tècnica de reproducció assistida cada vegada més present a la societat espanyola. L'objectiu d'aquest treball és desenvolupar la gestació subrogada des de la perspectiva jurídica-positiva. Amb aquesta finalitat, s'estableix la regulació espanyola i supranacional sobre maternidad subrogada.

Tanmateix, la disparitat normativa existent en aquesta matèria als diferents països del món, ha originat la creació d'un turisme reproductiu. Per això, aquest treball també exposa el dret comparat sobre gestació subrogada i examina en detall la legislació aplicable en aquesta matèria de disset països amb normatives diferents. Finalment, a causa de la gran repercussió mediàtica que està prenent aquesta pràctica, s'analitza jurídicament com afecta la mateixa als drets de la dona gestant, especialment al dret a la dignitat humana.

PARAULES CLAU: dona, dignitat, menor, contracte i gestació subrogada.

ABSTRACT

Surrogate pregnancy is an assisted reproduction technique, increasingly present in Spanish society. The objective of this work is to develop the surrogate pregnancy from the legal-positive perspective. For this reason, this work shows the Spanish and supranational regulations on surrogate motherhood.

Moreover, the existing normative disparity in this matter in the different world's countries, has originated the creation of a reproductive tourism. Therefore, this work also exposes the comparative law on surrogate pregnancy and examines in detail the applicable legislation in this matter of seventeen countries with different regulations. Finally, due to the media impact that this practice is taking, this work analyzes legally how it affects the rights of pregnant women, especially the right to human dignity.

KEY WORDS: woman, dignity, minor, contract and surrogate pregnancy.

ÍNDICE

ABREVIATURAS	5
INTRODUCCIÓN	6
I. REGULACIÓN SOBRE GESTACIÓN SUBROGADA EN EL DERECHO ESPAÑOL	8
1. Legislación sobre gestación subrogada en la historia de España	8
2. Legislación sobre gestación subrogada en el derecho español	11
3. Propuestas para la modificación de la regulación de la gestación subrogada en España	14
4. Legislación española sobre la inscripción en el Registro Civil español de niños nacidos por gestación subrogada en el extranjero	15
4.1. Instrucción, de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General del Registro y del Notariado	15
4.2. Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil.....	17
II. JURISPRUDENCIA APLICABLE SOBRE GESTACIÓN SUBROGADA	22
1. Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos	22
1.1. Caso Mennesson y Labassee contra Francia	22
1.2. Caso Foulon y Bouvet contra Francia	24
1.3. Caso Paradiso y Campanelli contra Italia.....	25
2. Jurisprudencia española	27
2.1. Sentencia, de 15 de septiembre de 2010, del Juzgado de Primera Instancia, núm. 15, de Valencia	27
2.2 Sentencia de 13 de marzo de 2017 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Madrid (núm. 209/2017)	30
III. REGULACIÓN SOBRE GESTACIÓN POR SUBSTITUCIÓN EN EUROPA	34
1. Regulación sobre gestación subrogada en el Consejo de Europa.....	34
2. Regulación sobre gestación subrogada en la Unión Europea	36
IV. LA GESTACIÓN SUBROGADA EN EL DERECHO COMPARADO	38
1. Países que prohíben la gestación subrogada	38
2. Países que permiten de forma limitada la gestación subrogada	39
3. Países que permiten la gestación subrogada	40
3.1. Estados Unidos	40
3.2. Rusia	42
3.3. Ucrania	44
3.4. India	46
V. LA DIGNIDAD DE LA MUJER EN LA GESTACIÓN SUBROGADA	48
1. Regulación de la dignidad de la mujer en la gestación subrogada en España	48
2. Regulación de la dignidad de la mujer en la gestación subrogada en la Unión Europea	53
3. Afectación de la gestación subrogada a la dignidad de la mujer	54
CONCLUSIONES	61
BIBLIOGRAFÍA	65
ANEXOS	69

ABREVIATURAS

CDFUE	Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
CEDH	Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos
CP	Código Penal
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
LTRA	Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida
LTRHA	Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida
UE	Unión Europea
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
TUE	Tratado de la Unión Europea

INTRODUCCIÓN

La gestación subrogada es una práctica muy criticada desde un punto de vista ético, ya que hay sectores de la población que la catalogan como una mercantilización del útero de la mujer. Pero, ¿atenta la gestación subrogada a la dignidad de la mujer? ¿Es esta práctica una forma de mercantilización del útero de la mujer? ¿Fomenta la trata de mujeres en el extranjero? Para resolver estas dudas, desarrollaremos jurídicamente cómo afecta esta técnica de reproducción asistida a los derechos humanos, y en concreto, a la dignidad de la de la mujer.

El motivo que fundamenta la elección del tema de este Trabajo Final de Grado es la trascendencia social que está cobrando la gestación subrogada en los medios de comunicación, y la importante repercusión de esta práctica en la esfera social y política española. Asimismo, es un tema contemporáneo e innovador, ya que la primera regulación existente sobre gestación subrogada es relativamente reciente, y surge ante la necesidad de regular las nacientes técnicas de reproducción asistida.

El objetivo de este trabajo no es abordar moralmente la gestación subrogada, sino señalar cuál es la legislación existente sobre la misma en el marco jurídico español y europeo. ¿Es la gestación subrogada una práctica ilegal en España? ¿Es legal para un ciudadano español recurrir a la gestación por subrogación en el extranjero? ¿Puede inscribirse en el Registro Civil español a un niño nacido por maternidad subrogada? Por todo ello, este estudio aborda la gestación subrogada desde la perspectiva jurídico-positiva y centrándose en la *lege lata*.

Por otro lado, este trabajo tiene tres grandes objetivos. En primer lugar, comprender qué es la gestación subrogada. En segundo lugar, conocer el cuerpo jurídico-positivo español y el derecho comparado sobre gestación subrogada. Finalmente, analizar jurídicamente la afectación de la gestación subrogada en la dignidad de la mujer.

Para conocer todo ello, el trabajo se divide en cinco apartados. El primero trata la regulación de la gestación subrogada existente en el derecho español. Dentro de este apartado, analizamos la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, que es la normativa aplicable a la gestación por subrogación. Asimismo, desarrollamos la legislación aplicable para la inscripción en el Registro Civil español de los niños nacidos por esta técnica.

En el segundo apartado, analizamos la jurisprudencia existente sobre gestación subrogada, tanto a nivel europeo, como a nivel español. A nivel europeo, destacamos los casos franceses *Menesson y Labassee*, y el caso del matrimonio italiano *Paradiso y Campanelli*.

En el tercer apartado, exponemos la normativa actual sobre gestación subrogada existente en Europa y en la Unión Europea, haciendo hincapié en las valoraciones del Consejo de Europa y del Parlamento Europeo.

En cuarto lugar, desarrollamos la legislación existente sobre gestación subrogada en el derecho comparado. En especial, entramos a conocer la regulación establecida en California y Ucrania, los dos territorios más recurridos por los extranjeros para llevar a cabo esta práctica.

Finalmente, en el quinto apartado, analizamos la afectación de la gestación subrogada a la dignidad de la mujer. Este apartado es relevante debido al gran debate originado sobre si la gestación subrogada es una forma de mercantilización del útero de la mujer, que quebranta la dignidad de la misma, o si por lo contrario, es una práctica que se ampara en el derecho a la libertad y autonomía de la mujer gestante.

No quiero finalizar este trabajo, sin agradecer a la Dra. María Jesús García Morales por el apoyo brindado y su ayuda incondicional.

I. REGULACIÓN SOBRE GESTACIÓN SUBROGADA EN EL DERECHO ESPAÑOL

1. Legislación sobre gestación subrogada en la historia de España

La gestación subrogada es una técnica de reproducción asistida que consiste en la gestación del embrión de otra persona, previo acuerdo de ambas partes. Es decir, una de las partes, llamada mujer gestante, acepta gestar el niño de otra persona o personas, llamados comitentes o padres intencionales, hasta el momento del nacimiento del menor, instante en el cual, la mujer gestante entrega el niño a los padres intencionales, y renuncia a todos los derechos sobre el mismo, incluida la filiación. El Informe Warnock, de 1978¹, establecía que la gestación subrogada es “la práctica mediante la cual una mujer gesta o lleva en su vientre un niño para otra mujer, con la intención de entregárselo después de que nazca”.

La gestación subrogada puede realizarse de forma altruista, donde la mujer gestante recibe una compensación económica relativa a los gastos ordinarios de la gestación, o también, de forma comercial, donde además de la compensación relativa a los gastos ordinarios del embarazo, recibe una cantidad monetaria extra por haber efectuado la gestación de un niño de otra persona o personas².

Por otro lado, la gestación subrogada no es una técnica de reproducción asistida nueva, sino que se lleva realizando aproximadamente desde 1970, para solucionar los problemas de fertilidad de algunas familias³. Además, la creciente demanda del uso de las técnicas de reproducción asistida surgida a partir del último tercio del siglo XX, dio lugar a la necesidad de crear un marco legal que regulase los derechos y restricciones que tienen los contratantes de técnicas de

¹ El Informe Warnock, de 1978, fue el primer documento regulador de la gestación subrogada en el Reino Unido.

² ORTEGA LOZANO, R. ÁLVAREZ DÍAZ, J. A. HERREROS RUIZ, B. y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. A. “Gestación subrogada: aspectos éticos”, en *Revista Dilemata*, núm. 28, 2018, pp. 67.

³ GONZÁLEZ GERPE, D. “Gestación subrogada: aspectos psicosociales”, en *Revista Dilemata*, núm. 28, 2018, pp. 22.

reproducción asistida⁴.

Por ello, el 2 de noviembre de 1984, se presentó ante el Congreso de los Diputados un documento sobre reproducción asistida, conocido como el “Informe Palacios”. El “Informe Palacios” es el primer acuerdo presentado en España sobre reproducción asistida, y fue desarrollado por la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación *in vitro* y la Inseminación Artificial Humanas, bajo la presidencia de Don Marcelo Palacios Alonso.⁵

Este acuerdo se centró primordialmente en la regulación de la fecundación *in vitro* y la inseminación artificial, y destinó un breve apartado a la gestación subrogada⁶. Por ende, la primera normativa sobre gestación subrogada a nivel español, se dictó en 1984 de la mano del “Informe Palacios”. En este sentido, el mencionado informe establecía que la gestación subrogada estaba totalmente prohibida, y era objeto de sanción, para todos aquellos que interviniesen en ella, incluyendo tanto a las partes contratantes, como las instituciones y servicios médicos a cargo de ella⁷.

Finalmente, el “Informe Palacios” fue aprobado el 10 de abril de 1986. Sin embargo, carecía de fuerza vinculante, ya que sus disposiciones tomaban forma de recomendaciones. Pese a no ser vinculante, tuvo bastante aceptación en la sociedad española, y sirvió como precedente para futuras proposiciones de ley⁸. A consecuencia de ello, se dictó la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida (en adelante, LTRA).

Adentrándonos en la nueva ley de reproducción asistida, el apartado primero del artículo 10 LTRA establecía que la gestación subrogada era nula de

⁴ SOUTO PAZ, J. A. “El informe Palacios y la Ley de Reproducción Asistida”, en DÍAZ MARTÍNEZ, A. (Coord.), *Régimen jurídico-privado de la reproducción asistida en España: el proceso legal de reformas*, Dykinson, 2006, pp. 187-191.

⁵ SOUTO PAZ, J. A. op. cit., pp. 187-191.

⁶ Este apartado se halla en los artículos 115-117 de la recomendación H) del “Informe Palacios”.

⁷ VILAR GONZÁLEZ, S. *La gestación subrogada en España y en el derecho comparado*, Wolters Kluwer, 1ª ed., Madrid, 2018, pp. 59-61

⁸ VILAR GONZÁLEZ, S. op. cit., pp. 59-61.

pleno derecho, tanto a título oneroso como gratuito. Además, el apartado segundo del mismo artículo, disponía que se debía respetar el principio *mater semper certa est*⁹, que consistía en que la filiación materna se determinaba por el parto, lo que originó un conflicto entre la determinación de la filiación materna de los hijos y la gestación subrogada, puesto que en esta, la madre intencional no da a luz al niño.

Derivado de la aprobación de la Ley 35/1988, en 1997, se crea la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, que es un órgano consultivo, dependiente del Ministerio de Sanidad, que informa sobre las técnicas de reproducción asistida existentes y establece las pautas básicas que deben tener en cuenta las clínicas que llevan a cabo técnicas de reproducción asistida¹⁰. Más tarde, en 2003, nace la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, que viene a completar algunas materias que la Ley 35/1988 no tenía presente.

Sin embargo, las leyes 35/1988 y 45/2003, sobre Técnicas de Reproducción, se quedaban obsoletas en ciertos ámbitos. Por ello, se dictó la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (en adelante, LTRHA), la cual derogaba todas las leyes anteriores sobre técnicas de reproducción asistida¹¹. Por consiguiente, la LTRHA, que actualmente sigue estando en vigor, es el referente normativo que regula la gestación subrogada en España.

⁹ El principio *mater semper certa est* estaba plasmado en el artículo 10.2 LTRA.

¹⁰ MINISTERIO DE SANIDAD, CONSUMO Y BIENESTAR SOCIAL, “La Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida”, en <http://cnrha.mscbs.gob.es/> (Fecha de consulta 01/05/2019).

¹¹ ESCRIBANO TORTAJADA, P. “Algunas cuestiones que plantea la reproducción asistida post mortem en la actualidad”, en *Anuario de Derecho Civil*, núm. 4, 2016, pp. 1.262.

2. Legislación sobre gestación subrogada en el derecho español

La gestación subrogada es una técnica de reproducción asistida, cada vez más común en España, para tratar problemas de infertilidad. Por ende, el legislador no podía pasar por alto esta realidad, y ha tenido que desarrollar un marco normativo concreto para regular la gestación subrogada.

Actualmente en España, la gestación subrogada se regula en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. En concreto, el artículo 10.1 LTRHA dispone que: “será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero”.

En la actualidad, la determinación de la filiación materna se configura por el principio *mater semper certa est*, que consiste en que la persona que da a luz al recién nacido es la madre legal a todos los efectos¹². Por este mismo motivo, si la madre no ha alumbrado al niño, como sucede en la gestación subrogada, no está legitimada para reclamar la maternidad del mismo. En definitiva, en el caso de la determinación de la filiación materna, el legislador español se decanta por el factor obstétrico¹³, ante el factor volitivo¹⁴.

Sin embargo, el artículo 10.3 LTRHA, otorga la facultad al padre intencional para interponer una acción de reclamación de paternidad, siempre y cuando, haya transmitido material genético al niño¹⁵.

Por otro lado, una parte de la doctrina estima que la prohibición establecida en el artículo 10.1 LTRHA no era necesaria, puesto que del artículo

¹² Tal y como se establece en el artículo 10.2 LTRHA.

¹³ El factor obstétrico prevalece ante el volitivo en la filiación materna, ya que se reconoce la maternidad a aquella mujer que llevo a cabo el alumbramiento del niño, y no a la que tiene la voluntad de tenerlo.

¹⁴ VILAR GONZÁLEZ, S. op. cit., pp. 86.

¹⁵ En concreto, el artículo 10.3 LTRHA establece: “queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”.

1.271 del Código Civil (en adelante, CC)¹⁶ se desprende la ilicitud de esta práctica, por ser el cuerpo humano indisponible, intransferible, personalísimo y una *res extra commercium*¹⁷.

Asimismo, una parte de la doctrina considera que el contrato de gestación subrogada es un contrato de compraventa, ya que según el artículo 1.445 CC, una de las partes, se obliga a pagar un precio, y la otra, a entregar una cosa determinada, que en este caso es el niño. Otra parte de la doctrina considera que este contrato es de obra o servicio, ya que según el artículo 1.544 CC, la gestante se obliga a realizar o prestar una obra o servicio a favor de otra y por un precio cierto¹⁸.

Según el artículo 108.2 CC, “la filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos”. Como podemos apreciar, el artículo 108.2 CC, no contempla la filiación surgida por gestación subrogada. Asimismo, el artículo 10.1 LTHRA establece la nulidad del contrato de gestación subrogada efectuado en España.

Por tanto, si la totalidad de la gestación por sustitución se lleva a cabo dentro del territorio español, las partes no tienen ningún tipo de garantías del cumplimiento del contrato. Por ende, si la mujer gestante quisiera quedarse con el niño tras su nacimiento o los comitentes se negaran recibir al mismo, ninguna de las partes podría reclamar lo convenido en el pacto de gestación subrogada, ya que primaría el principio *mater semper certa est*. Además, no cabría ningún tipo de sanción¹⁹ o indemnización por daños y perjuicios.

¹⁶ El artículo 1.271 CC establece: “pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras”.

¹⁷ IGAREDA, N. “La inmutabilidad del principio “mater sempre certa est” y los debates actuales sobre la gestación por substitución en España” en *Universitas*, núm. 21, 2015, pp. 4.

¹⁸ REGALADO TORRES, M. D. “Efectos, consecuencias y regulación de la maternidad subrogada”, en *Revista FEMERIS*, vol. 2, núm. 2, 2017, pp. 20.

¹⁹ El artículo 26 de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida contiene las infracciones existentes en materia de tratamientos de fertilidad y reproducción asistida. La gestación subrogada no supone infracción de ningún tipo según el artículo mentado. Por otro lado, una parte de la doctrina opina que la gestación subrogada podría suponer una infracción penal, consistente en la vulneración del artículo 221.1 del Código Penal (en adelante, CP), en el que se establece una pena de prisión de uno a cinco años para aquellos que entreguen o reciban a un hijo a

Sin embargo, no sucede lo mismo si la gestación se ha producido en un país que no esté prohibida esta técnica de reproducción asistida. Por todo ello, muchas personas optan por salir al extranjero para recurrir a esta práctica, lo que ha originado un turismo reproductivo²⁰.

Cuando se lleva a cabo un procedimiento de gestación subrogada en el extranjero, entra en juego el Derecho Internacional Privado español y la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. La mencionada ley, faculta a los padres intencionales para inscribir en el Registro Civil español la filiación del niño a favor de ellos, siempre y cuando, posean una resolución judicial extranjera que acredite la filiación o un documento judicial extranjero que haya seguido un proceso similar al de la jurisdicción voluntaria en España.

Por tanto, pese a declararse nulo el contrato de gestación subrogada en el artículo 10.1 LTRHA, el legislador español ha considerado conveniente regular y permitir la inscripción en el Registro Civil de los niños nacidos por gestación subrogada en el extranjero, en atención a la protección y al interés superior del menor, ya que este tiene derecho a tener una nacionalidad y una identidad determinada desde el día de su alumbramiento²¹.

cambio de una compensación económica.

²⁰ ROMERO COLOMA, A. M. “*La maternidad subrogada a la luz del Derecho Español*”, Dilex, Madrid, 2016, pp.71.

²¹ Tal y como establece el artículo 7.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989.

3. Propuestas para la modificación de la regulación de la gestación subrogada en España

Actualmente en España, la gestación subrogada está en el foco de debates sociales y de numerosas propuestas de ley. Por ello, aunque este trabajo pretenda mostrar la legislación vigente sobre gestación subrogada, es decir, la *lege lata*, también haremos una breve referencia a la *lege ferenda* existente.

La gran mayoría de propuestas o proposiciones de ley presentadas en el Congreso de los Diputados en materia de gestación subrogada, promueven la legalización de la gestación subrogada. Entre las iniciativas más reconocidas, destacamos: en primer lugar, la proposición no de ley, de 20 de octubre de 2015, presentada por “Unión Progreso y Democracia”; en segundo lugar, la propuesta de Bases Generales, de 2016, para la regulación de la gestación subrogada, realizada por la Sociedad Española de Fertilidad; y en tercer lugar, la proposición de ley, de 8 de septiembre de 2017, presentada por “Ciudadanos”.

En términos generales, las medidas que estas iniciativas promueven se fundamentan en permitir la gestación subrogada bajo limitaciones. Entre estos límites podemos destacar: la excepcionalidad e irreversibilidad del contrato, el altruismo de la relación y la no consanguinidad entre la gestante y los comitentes²².

Sin embargo, también existen proposiciones de ley que pretenden impulsar una reforma de la legislación actual sobre gestación subrogada, hacia una regulación más restrictiva que la existente, como por ejemplo, la proposición de ley, de 16 de mayo de 2017, presentada por el Comité de Bioética de España²³.

²² Tal y como establece la proposición de ley, de 8 de septiembre de 2017, presentada por “Ciudadanos”

²³ Como este trabajo no pretende analizar a fondo la *lege ferenda* existente sobre gestación subrogada, todas las medidas y detalles sobre las propuestas y proposiciones de ley mencionadas, se pueden observar de forma más detallada en un cuadro en el Anexo (véase en el Cuadro 1).

4. Legislación española sobre la inscripción en el Registro Civil español de niños nacidos por gestación subrogada en el extranjero

La inscripción de un niño en el Registro Civil determina una presunción *iuris tantum* de legalidad de la filiación y dota a los padres de los derechos y obligaciones propios de la misma²⁴.

4.1. Instrucción, de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General del Registro y del Notariado

La creciente demanda de esta técnica de reproducción asistida y el aumento del turismo reproductivo a principios de este siglo, originó un conflicto a la hora de inscribir en el Registro Civil español a los recién nacidos en el extranjero por gestación subrogada, ya que esta técnica estaba prohibida en España, y no existía ninguna normativa registral española que permitiese la inscripción de estos niños²⁵.

Fue a partir de la interposición de la demanda contra la Dirección General de los Registros y Notariado (en adelante, DGRN), por un matrimonio español, que había recurrido a la gestación subrogada en California, cuando el legislador español empezó a plantearse la necesidad de regular la inscripción de estos niños. La demanda citada, se interpuso contra la DGRN a causa de la denegación de la inscripción de dos niños en el registro en el Registro Civil Consular español en California. El 18 de febrero de 2009, se dictó sentencia estimando la inscripción de los gemelos en el Registro Civil español, en virtud del interés superior del menor y del artículo 81 del Reglamento del Registro Civil de 1958²⁶.

Esta demanda fue impugnada por el Ministerio Fiscal y será desarrollada con más detalle en el apartado de jurisprudencia española, ya que fue recurrida

²⁴ REGALADO TORRES, M. D. op. cit., pp. 30.

²⁵ LAMM, E. *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada, ni alquiler de vientres*, Universitat de Barcelona Edicions, 1ª edición, Barcelona, 2013, pp. 84-85.

²⁶ HEREDIA CERVANTES, I. *La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución*, ADC, Madrid, 2013, pp. 695-701.

hasta en tres ocasiones, llegando en casación al Tribunal Supremo.

Como consecuencia de esta resolución y de la creciente demanda de esta técnica de reproducción asistida, el legislador, atendiendo al interés superior del menor²⁷, redactó un marco normativo que regulaba el régimen registral de la filiación de los recién nacidos por este tipo de técnicas de reproducción asistida. Por ello, se dictó la Instrucción, de 5 de octubre de 2010, DGRN, sobre Régimen Registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución²⁸.

La directriz primera de la Instrucción, de 5 de octubre del 2010, DGRN establece que, para llevar a cabo la inscripción de un niño nacido por gestación subrogada, es necesario aportar²⁹ la solicitud de inscripción en el Registro Civil y el auto que resuelve favorablemente el procedimiento *exequátur*³⁰, en el que se reconoce la sentencia o resolución judicial extranjera que determina la filiación del niño a favor de los comitentes³¹. En caso de no reconocerse la sentencia o resolución judicial extranjera por un procedimiento *exequátur*, no se podrá inscribir al recién nacido en el Registro Civil español.

Por otro lado, en los casos en que se determine la filiación por una resolución judicial extranjera que hubiese seguido un proceso similar al de la jurisdicción voluntaria en España, no será necesario seguir un procedimiento *exequátur* para la inscripción del niño en el Registro Civil, sino que bastará con la verificación, por parte del encargado del Registro Civil, de cinco requisitos que ha

²⁷ Consagrado en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989.

²⁸ LAMM, E. *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada, ni alquiler de vientres*, op. cit., pp. 84-85.

²⁹ Con estos requisitos, la directriz primera de la Instrucción, de 5 de octubre de 2010, DGRN pretende que la gestación por sustitución no se haya llevado a cabo vulnerando los derechos de la mujer gestante y del menor, y exige que para la inscripción en el Registro Civil español, exista una resolución judicial extranjera que haya regulado todo el procedimiento y haya verificado que no ha habido ninguna vulneración.

³⁰ Regulado en la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en materia Civil. El procedimiento *exequátur*, es un procedimiento de reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en España.

³¹ DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO. “Instrucción, de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2010-15317> (Fecha de consulta: 28/04/2019).

de cumplir la resolución judicial extranjera³².

En primer lugar, verificará la autenticidad formal de la misma. En segundo lugar, la competencia judicial internacional del tribunal extranjero, que ha de ser equiparable a los criterios que se contemplan en el derecho español. En tercer lugar, el respeto de los derechos procesales de los contratantes. En cuarto lugar, la no vulneración del interés superior del menor, ni de los derechos de la madre gestante³³. En quinto lugar, la firmeza de la resolución³⁴.

Además, según la Directriz Segunda de la Instrucción, de 5 de octubre del 2010, DGRN, “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 gestante”.

4.2. Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil

La última reforma de la Ley del Registro Civil dio lugar a la entrada en vigor de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (en adelante, LRC), que actualmente sigue vigente en España. La misma ha supuesto un avance normativo para la gestación subrogada, ya que se ha configurado una regulación con rango de ley (no como sucede con la Instrucción), que permite la inscripción en el Registro Civil español de niños nacidos por esta práctica.

El artículo 24 LRC establece que el encargado para registrar la filiación de un hijo nacido por gestación subrogada en el extranjero, es la Oficina del lugar donde se llevó a cabo la gestación³⁵. Sin embargo, también será competente para

³² DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO. op. cit. (Fecha de consulta: 28/04/2019).

³³ El encargado del Registro Civil ha de verificar que el niño no está siendo víctima de tráfico de menores, y que la mujer gestante tiene capacidad de obrar plena y no ha sido víctima de coacciones, violencia o engaño.

³⁴ DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO. op. cit. (Fecha de consulta: 28/04/2019).

³⁵ El artículo 24 LRC expone que, la Oficina Consular extranjera tiene la competencia para

la inscripción, bajo petición del interesado, la Oficina General existente en la Comunidad Autónoma del domicilio del nacido³⁶.

Según el artículo 96 LRC, solamente se podrán inscribir aquellas sentencias o resoluciones extranjeras firmes o definitivas. La inscripción en el Registro Civil de la filiación del niño nacido por gestación subrogada, podrá realizarse por tres vías, dependiendo del tipo de documento extranjero obtenido:

1) Si la filiación del niño se acredita mediante una resolución judicial extranjera, para inscribir al niño en el Registro Civil español, se deberá realizar previamente un procedimiento de *exequátur* para reconocer la resolución judicial extranjera en el territorio español. Una vez se adquiera el auto estimatorio del procedimiento *exequátur*, se podrá inscribir al niño en el Registro Civil, presentando el auto que reconoce la resolución extranjera y la solicitud de inscripción del niño en el Registro³⁷.

2) Si la filiación se acredita con un documento extranjero que haya seguido un procedimiento similar al de la jurisdicción voluntaria en España, para acceder a la inscripción del niño en el Registro Civil español, no será necesario realizar un procedimiento *exequátur*, sino que bastará con superar un proceso de verificación por el encargado del Registro Civil³⁸.

La verificación, por el encargado del Registro Civil, consistirá en corroborar cuatro aspectos. En primer lugar, la autenticidad de los documentos. En segundo lugar, la competencia judicial internacional del tribunal extranjero, que debe ser equiparable a los criterios que se contemplan en el derecho español. En tercer lugar, que las partes fueron notificadas con la debida antelación. En cuarto

registrar: “los documentos extranjeros judiciales y no judiciales y certificaciones de Registros Civiles extranjeros que sirvan de título para practicar la inscripción”.

³⁶ El artículo 10.1 LRC establece, en referencia a los hechos inscribibles, que: “si se producen en el extranjero, la inscripción se solicitará y, en su caso, se practicará en la Oficina Consular de la circunscripción correspondiente. En este último caso, la inscripción también se podrá solicitar y practicar en cualquiera de las Oficinas Generales”.

³⁷ Según el apartado primero del artículo 96.2 LRC.

³⁸ Según el apartado segundo del artículo 96.2 LRC.

lugar, que la inscripción de la resolución no perturba el orden público³⁹.

3) Si no existe una resolución judicial extranjera que determine la filiación del niño o no se ha obtenido un documento judicial extranjero que haya seguido un procedimiento similar al de la jurisdicción voluntaria en España, se podrá establecer la filiación paterna mediante una acción de reclamación de la paternidad, tal y como establece el artículo 10.3 LTRHA. A esta tercera vía solo se podrá acceder si el padre intencional ha transmitido material genético al niño.

Según el artículo 10.3 LTRHA, “queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”. En definitiva, en defecto de resolución judicial extranjera o documento judicial extranjero que haya seguido un procedimiento similar al de la jurisdicción voluntaria en España, el procedimiento para la inscripción del niño consistirá en la reclamación de la paternidad por la vía judicial en España.

En el proceso judicial de reclamación de la paternidad, se deberán aportar pruebas suficientes para determinar la filiación entre el padre y el niño, que en este caso, constará de una prueba de ADN⁴⁰. Sin embargo, la madre intencional no podrá reclamar la maternidad por esta vía, puesto que sino, se vulneraría el principio *mater semper certa est*.

En este caso, para determinar la filiación materna del niño, la madre intencional deberá adoptar al niño⁴¹, una vez que el padre intencional obtenga la filiación paterna, tras superar el proceso judicial de la reclamación de paternidad. Además, este proceso será posible siempre que la gestante haya renunciado a la filiación materna del niño gestado por ella misma. En caso negativo, la madre

³⁹ Según el apartado segundo del artículo 96.2 LRC.

⁴⁰ El artículo 767 de la Ley de Enjuiciamiento civil establece que “en los juicios sobre filiación será admisible la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas”.

⁴¹ La adopción de un niño por una persona que es pareja del padre de este, está permitida. El artículo 175 CC establece que “nadie podrá ser adoptado por más de una persona, salvo que la adopción se realice conjunta o sucesivamente por ambos cónyuges o por una pareja unida por análoga relación de afectividad a la conyugal”.

intencional no podrá adoptar al niño⁴².

En definitiva, si los países que permiten la gestación subrogada poseen una regulación compatible con la normativa registral española, la inscripción de los niños nacidos por esta práctica no resultará una tarea demasiado ardua. En la práctica, muchas familias no han podido obtener una resolución judicial extranjera que determine la filiación del niño o un documento extranjero que haya seguido un procedimiento similar al de la jurisdicción voluntaria en España. Por ello, los comitentes se han visto envueltos en problemas de inscripción del niño en el Registro Civil español, y en consecuencia, en la negación de expedición del salvoconducto español del menor.

⁴² LAMM, E. *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada, ni alquiler de vientres*, op. cit., pp. 79.

II. JURISPRUDENCIA APLICABLE A LA GESTACIÓN SUBROGADA

1. Jurisprudencia europea

Los casos más reconocidos de la jurisprudencia europea en materia de gestación subrogada son las sentencias dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), en concreto:

- STEDH, de 26 de junio 2014, núm. 65192/11, Mennesson contra Francia.
- STEDH, de 26 de junio 2014, núm. 65941/11, Labassee contra Francia.
- STEDH, de 21 de julio de 2016, núm. 9063/14, Foulon contra Francia.
- STEDH, de 21 de julio de 2016, núm. 1041/14, Bouvet contra Francia.
- STEDH, de 27 de enero de 2015, núm. 25358/12, Paradiso y Campanelli contra Italia.

1.1. Caso Mennesson y Labassee contra Francia

En los casos Mennesson y Labassee⁴³, se agotaron todas las instancias judiciales a nivel nacional, y llegaron ante el TEDH, por haberseles negado la inscripción de la filiación de sus hijas nacidas por gestación subrogada, en el Registro Civil de su país, Francia.

El TEDH decidió resolver los dos casos conjuntamente, el 26 de junio de 2014, ya que tenían características muy similares. En ambos casos, se trataba de un matrimonio francés, que había recurrido a la técnica de la gestación subrogada en Estados Unidos y que no había podido inscribir a las menores en el Registro Civil francés, ya que el contrato de gestación subrogada en Francia era nulo de pleno derecho y contravenía el orden público⁴⁴. Además, en los dos casos hubo

⁴³ STEDH, de 26 de junio 2014, núm. 65192/11, Mennesson contra Francia y STEDH, de 26 de junio 2014, núm. 65941/11, Labassee contra Francia.

⁴⁴ La nulidad de pleno derecho del contrato de gestación subrogada se establece en el artículo 16-7 del Código Civil francés: “*Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle*”. Además, el artículo 16-9 del mismo Código añade que la prohibición del contrato de gestación subrogada será considerada asunto de orden público. Asimismo, el artículo 16-1 del Código Civil francés establece que: “el cuerpo humano, sus elementos y sus

una transmisión de material genético de los padres intencionales a las niñas⁴⁵.

Por un lado, la familia Mennesson, formada por un matrimonio de nacionalidad francesa, Sylvie y Dominique Mennesson, había recurrido a la técnica de la gestación subrogada en California. Fruto de esta práctica nacieron dos niñas gemelas, que eran hijas genéticas de Dominique Mennesson⁴⁶. Por otro lado, la familia Labassee, matrimonio también de nacionalidad francesa, Monique y Francis Labassee, había tenido una hija mediante gestación subrogada en Minnesota, la cual portaba material genético de Francis Labassee⁴⁷.

Ambos matrimonios, contaban con las resoluciones judiciales extranjeras, donde se determinaba la filiación de las niñas a favor de los comitentes. Sin embargo, se les negó la inscripción de tal filiación en el Registro Civil francés, y por ello, decidieron reclamar por vía legal ante el TEDH, la vulneración del “derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio, y de su correspondencia”, consagrado en el artículo 8.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos (en adelante, CEDH)⁴⁸.

Asimismo, también se podría haber considerado vulnerado el artículo 8.2 CEDH, en el que se establece que: “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 de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

productos, no pueden ser objeto de un derecho patrimonial”.

⁴⁵ DURÁN AYAGO, A. “Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Mennesson c. France (núm. 65192/11) y caso Labassee c. France (núm. 65941/11), de 26 de junio de 2014”, en *Ars Iuris Salmanticensis*, núm. 2, 2014, pp. 280.

⁴⁶ JIMÉNEZ MÚÑOZ, F. J. “Una aproximación a la posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la Gestación Subrogada”, en *R.E.D.S.*, núm. 12, 2018, pp. 47.

⁴⁷ JIMÉNEZ MÚÑOZ, F. J. op. cit., en *R.E.D.S.*, núm. 12, 2018, pp. 49.

⁴⁸ LAMM, E. *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada, ni alquiler de vientres*, op. cit., pp. 121-122.

El veredicto del TEDH, en las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso *Menesson contra Francia* (núm. 65192/11) y el caso *Labassee contra Francia* (núm. 65941/11), de 26 de junio de 2014, fue desfavorable a los recurrentes, ya que no consideró que a se les hubiere vulnerado el artículo 8.1 CEDH a ellos, sino a las niñas. Por tanto, el TEDH consideró que había habido una vulneración del derecho a la vida privada de las niñas nacidas por gestación subrogada, debido a la denegación de la inscripción de la filiación en el Registro Civil francés, cuando llevaban conviviendo en un entorno familiar desde el día de su nacimiento con los padres intencionales⁴⁹.

Asimismo, se consideraba que se vulneraba la vida privada de las menores, porque se les estaba privando del derecho a tener una identidad y filiación determinada⁵⁰. Además, aparte de haberse creado un entorno familiar como cualquier otro, estas niñas eran hijas genéticas de los padres intencionales. Por tanto, el TEDH, atendiendo al interés superior de las menores⁵¹, consideró que los tribunales franceses actuaron de forma no proporcional y fuera de los límites permitidos⁵².

1.2. Caso Foulon y Bouvet contra Francia

Los casos *Foulon y Bouvet contra Francia*⁵³ llegaron ante el TEDH, por denegarse a dos familias la inscripción, en el Registro Civil francés, de tres niños nacidos por gestación subrogada en India. Estos casos mantienen similitudes con los casos *Menesson* y *Labasse*. Por ello, el TEDH resolvió en el mismo sentido que en los mencionados casos y Francia fue condenada otra vez. En concreto, declaró que se vulneró el derecho solicitado por los demandantes, establecido en

⁴⁹ DURÁN AYAGO, A. op. cit., pp. 280-282.

⁵⁰ Según el artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1988: “el niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”.

⁵¹ Según el artículo 24 CDFUE: “en todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial”.

⁵² DURÁN AYAGO, A. op. cit., pp. 280-282.

⁵³ STEDH, de 21 de julio de 2016, núm. 9063/14, *Foulon contra Francia* y STEDH, de 21 de julio de 2016, núm. 1041/14, *Bouvet contra Francia*.

el artículo 8.1 CEDH⁵⁴, pero determinó que este derecho no fue vulnerado a los comitentes, sino a los niños⁵⁵.

1.3. Caso Paradiso y Campanelli contra Italia

El caso Paradiso y Campanelli también llegó ante el TEDH, debido a la denegación de la inscripción de la filiación, en el Registro Civil italiano, de unas niñas nacidas por gestación subrogada. Por ello, el matrimonio alegó que se estaba vulnerando su derecho a la vida familiar y privada, consagrado en el artículo 8.1 CEDH y en el artículo 7 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, CDFUE)⁵⁶.

El matrimonio italiano, compuesto por Giovanni Campanelli y Donatina Paradiso, recurrió a la técnica de la gestación subrogada en Rusia para tener a su primer hijo. El niño fue inscrito en la Oficina de Registro de Moscú, sin embargo, no se le permitió la inscripción en el Registro Civil italiano. El problema surgió debido a que el certificado de nacimiento del niño no contenía declaración alguna sobre la gestación subrogada efectuada, lo que fue interpretado por las autoridades italianas como una alteración del estado civil del menor. Por este mismo motivo, no se permitió inscribir la filiación en el Registro Civil italiano⁵⁷.

Al mismo tiempo, las autoridades italianas solicitaron la práctica de una prueba de ADN entre el niño y el padre intencional. Los resultados de las pruebas fueron negativos, y como consecuencia, el niño fue puesto en adopción. Sin embargo, los comitentes en todo momento afirmaron que habían aportado material genético al menor⁵⁸. Por otro lado, el matrimonio intentó por todos los medios

⁵⁴ El artículo 8.1 CEDH establece el derecho al respeto a la vida privada y familiar.

⁵⁵ JIMÉNEZ MÚÑOZ, F. J. op. cit., pp. 49.

⁵⁶ STEDH, de 27 de enero de 2015, núm. 25358/12, Paradiso y Campanelli contra Italia.

⁵⁷ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. *El Tribunal Europeo de Derecho Humanos, sobre Maternidad Subrogada*, en https://www.bioeticaweb.com/wp-content/uploads/2017/04/Maternidad_subrogada.pdf (Fecha de consulta: 02/05/19).

⁵⁸ Actualmente, países como Ucrania están en el punto de mira, ya que la Fiscalía General ucraniana ha detectado malas praxis, tales como la no transmisión al embrión de material genético de los comitentes, tal y como obliga la ley ucraniana. Este es uno de los motivos por los que el gobierno español ha dejado de realizar la inscripción en el Registro Civil de estos menores nacidos

adoptar al niño, pero sus esfuerzos fueron en vano. Finalmente, decidieron llevar la cuestión ante el TEDH, una vez agotadas todas las instancias judiciales nacionales, invocando la vulneración del artículo 8 CEDH⁵⁹.

El TEDH desestimó la vulneración del artículo 8.1 CEDH, y afirmó que la justicia italiana actuó de forma proporcional y dentro de los márgenes establecidos debido a cuatro razones.

En primer lugar, por la inexistencia de transmisión de material genético al niño. En segundo lugar, por el corto plazo de convivencia familiar que había existido con el mismo (no llegaba a un año). En tercer lugar, por proteger el interés de los niños en abstracto, y no de un niño en concreto. En cuarto lugar, por la predictibilidad de la creación de una situación futura de inseguridad jurídica por parte de los comitentes⁶⁰. El TEDH consideró que para saber si había existido una injerencia en la vida privada y familiar del menor o de los padres, había que preguntarse si los comitentes eran conscientes de que esta injerencia estaba prevista en la ley⁶¹.

en Ucrania.

⁵⁹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. op. cit. (Fecha de consulta: 02/05/19).

⁶⁰ TEDH, de 27 de enero de 2015, núm. 25358/12, Paradiso y Campanelli contra Italia y MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. op.cit. (Fecha de consulta: 02/05/19).

⁶¹ MONTERONI, J. “Paradiso, Campanelli y un contrato internacional de maternidad subrogada ante el Tribunal de Derechos Humanos”, en *Prudentia Iuris*, núm. 80, 2015, pp. 274.

2. Jurisprudencia española

2.1. Sentencia, de 15 de septiembre de 2010, del Juzgado de Primera Instancia, núm. 15, de Valencia

La creciente demanda de esta técnica de reproducción asistida en el extranjero y el aumento del turismo reproductivo a principios del siglo XXI, originó un conflicto a la hora de inscribir en el Registro Civil español a los recién nacidos en el extranjero por gestación subrogada, ya que esta técnica de reproducción asistida estaba prohibida en España, y no existía ninguna normativa registral española que permitiese la inscripción de estos niños⁶².

El legislador empezó a plantearse la necesidad de crear un marco normativo registral en esta materia, a partir de la interposición de una demanda contra la DGRN por un matrimonio homosexual español, que había recurrido a la gestación subrogada en California para tener a sus dos hijos gemelos⁶³.

El motivo de la demanda contra la DGRN fue la denegación de la inscripción de los dos niños gemelos en el Registro Civil Consular español en California. Finalmente, el 18 de febrero de 2009, el Tribunal dictó Sentencia estimando la inscripción de los gemelos en el Registro Civil español, en virtud del interés superior del menor y del artículo 81 del Reglamento del Registro Civil de 1958. El citado artículo disponía que: "el documento auténtico, sea original o testimonio, sea judicial, administrativo o notarial, es título para inscribir el hecho de que da fe. También lo es el documento auténtico extranjero, con fuerza en España con arreglo a las leyes o a los Tratados internacionales"⁶⁴.

En definitiva, la resolución de la DGRN, de 18 de febrero de 2009, exponía que, aunque la gestación subrogada era nula en España, esta no se había

⁶² LAMM, E. *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada, ni alquiler de vientres*, op. cit., pp. 84-85.

⁶³ HEREDIA CERVANTES, I. op. cit., pp. 695-701.

⁶⁴ Resolución DGRN, de 18 de febrero de 2009, y HEREDIA CERVANTES, I. op. cit., pp. 695-701.

llevado a cabo en el territorio español, y además, lo que aquí se discutía no era la nulidad de esta práctica, sino si una resolución judicial extranjera podía permitir la inscripción de los gemelos en el Registro Civil español⁶⁵.

Sin embargo, el Ministerio Fiscal impugnó la resolución de la DGRN, de 18 de febrero de 2009, por ser contraria al artículo 10 LTRHA. Tras la interposición de este recurso, el 15 de septiembre de 2010, el Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, dictó Sentencia, dando la razón al Ministerio Fiscal y dejando sin efecto la inscripción de los gemelos en el Registro Civil español⁶⁶.

Como consecuencia de esta resolución, el legislador, atendiendo al interés superior del menor⁶⁷ y a su derecho a tener una identidad determinada⁶⁸, redactó un marco normativo para regular el régimen registral de la filiación de los recién nacidos por gestación subrogada: la Instrucción, de 5 de octubre de 2010, DGRN, sobre Régimen Registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución⁶⁹.

Finalmente, se recurrió la Sentencia, de 15 de septiembre de 2010, del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, por parte del matrimonio español, aunque resultó ser confirmada en apelación por la Sentencia 826/2011, de 23 de noviembre de 2011, de la Audiencia Provincial de Valencia, la cual disponía que la prohibición de la gestación subrogada en España, persigue la defensa del interés superior del menor, ya que se pretende evitar que el menor sea objeto de comercio⁷⁰.

⁶⁵ HEREDIA CERVANTES, I. op. cit., pp. 695-701.

⁶⁶ LAMM, E. “Una vez más sobre gestación por sustitución, porque sin marco legal se siguen sumando violaciones a los derechos humanos”, en *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 4, 2016, pp. 68-69.

⁶⁷ Consagrado en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989.

⁶⁸ Consagrado en el artículo 7.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989.

⁶⁹ LAMM, E. *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada, ni alquiler de vientres*, op. cit., pp. 84-93.

⁷⁰ LAMM, E. *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada, ni alquiler de vientres*, op. cit., pp. 87-93.

En concreto, esta Sentencia establecía que la alegación al interés superior del menor, no puede servir de coartada para infringir la legislación española. Además, consideraba que España, a diferencia de otros países, posee una alternativa normativa para la inscripción de estos niños en el Registro Civil, ya que el artículo 10.3 LTRHA faculta al padre intencional para interponer una reclamación de paternidad, siempre y cuando haya transmitido material genético al menor. Frente a esta Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, se interpuso un recurso de casación frente al TS (recurso núm. 245/2012)⁷¹.

Para dar una resolución a este caso, el TS se centró en analizar las pretensiones solicitadas por los recurrentes. Por un lado, el matrimonio español manifestó que la no permisión de la inscripción de los gemelos en el Registro Civil a favor de dos hombres resultaba una conducta discriminatoria. Asimismo, alegó que la denegación vulneraba el interés superior del menor y el derecho a su identidad determinada. Finalmente, declaró que la certificación registral californiana no era contraria al orden público internacional español, ya que pese a ser nulo el contrato de gestación subrogada en España, la inscripción de la filiación en el Registro Civil español de un niño nacido en el extranjero no estaba prohibida⁷².

Por otro lado, el TS desestimó cualquier tipo de discriminación en la inscripción de los menores, puesto que la resolución hubiese sido igual “si los contratantes hubieran constituido un matrimonio homosexual integrado por mujeres, un matrimonio heterosexual, una pareja de hecho, o una sola persona, hombre o mujer”⁷³.

En referencia a la alusión que hacen los recurrentes sobre el interés superior del menor, el TS declaró que “que la mercantilización que supone que la filiación de un menor resulte determinada, a favor de quien realiza el encargo, por

⁷¹LAMM, E. *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada, ni alquiler de vientres*, op. cit., pp. 87-93.

⁷² Sentencia, de 6 de Febrero de 2014, de la Sala de lo Civil del TS (núm. 835/2013).

⁷³ Sentencia, de 6 de Febrero de 2014, de la Sala de lo Civil del TS (núm. 835/2013).

la celebración de un contrato para su gestación, atenta contra la dignidad del menor al convertirlo en objeto del tráfico mercantil”. Por tanto, la gestación subrogada resulta ser contraria al interés superior del menor⁷⁴.

Asimismo, el TS manifestó que, pese a ser cierto que la inscripción de la filiación en el Registro Civil español de un niño nacido en el extranjero no está prohibida, en el presente caso la inscripción supondría la consecuencia directa de un contrato de gestación subrogada, práctica que actualmente sí se encuentra prohibida en España⁷⁵.

Por todos estos motivos, el TS acabó resolviendo en la misma línea que los Tribunales de las instancias precedentes, y denegó la inscripción de los gemelos en el Registro Civil español.

2.2. Sentencia, de 13 de marzo de 2017, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Madrid (núm. 209/2017)

La resolución número 209/2017, de 13 de marzo de 2017, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia (en adelante, TSJ) de Madrid, es una Sentencia que reclamaba el otorgamiento del salvoconducto denegado a un niño nacido por gestación subrogada en Rusia. Este recurso fue interpuesto por un matrimonio mallorquín, contra la Resolución de 28 de marzo de 2016, del Consulado General de España en Moscú, que denegaba la inscripción de la filiación del niño, a causa de no existir transmisión de material genético al menor, lo que supuso la imposibilidad de viajar con él a España⁷⁶.

Por ello, el matrimonio reclamaba que se permitiese el otorgamiento del salvoconducto del menor, en atención al derecho a la vida privada y familiar, consagrado en el artículo 8.1 CEDH. Sin embargo, las autoridades españolas

⁷⁴ Sentencia, de 6 de Febrero de 2014, de la Sala de lo Civil del TS (núm. 835/2013).

⁷⁵ Sentencia, de 6 de Febrero de 2014, de la Sala de lo Civil del TS (núm. 835/2013).

⁷⁶ Sentencia, de 13 de marzo de 2017, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Madrid (núm. 209/2017).

expusieron que al no mediar ningún vínculo genético con el menor, ni existir ninguna resolución judicial extranjera que determinase la filiación, no se podía ejecutar ni la inscripción del niño en el Registro Civil, ni la entrega del salvoconducto, ya que primaba el interés superior del menor y los derechos de la mujer gestante⁷⁷.

Para la reclamación de estas pretensiones, el matrimonio hizo alusión al artículo 8.1 del Real Decreto 116/2013, de 15 de febrero, por el que se regula la expedición del pasaporte provisional y del salvoconducto, y que expone que: “todos los ciudadanos españoles tienen derecho a que se les expida un salvoconducto si precisan desplazarse a España y carecen de pasaporte ordinario o provisional. La obtención de salvoconducto por ciudadanos españoles sujetos a patria potestad o tutela estará condicionado al consentimiento expreso de la persona u órgano que tenga asignado su ejercicio o, en su defecto, del órgano judicial competente⁷⁸”.

Por otro lado, el matrimonio también reclamó que se estaba vulnerando el artículo 39.4 de la Constitución Española (en adelante, CE), en el que se recoge que: “los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”. Asimismo, también aludieron a la STEDH, de 26 de junio de 2014 (caso *Mennesson* contra Francia), y al artículo 8.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales de 1950, en el que se establece que: “toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia⁷⁹”.

Finalmente, el TSJ de Madrid estableció que era nulo de pleno derecho el contrato de gestación subrogada, tal y como establece el artículo 10 LTRHA.

⁷⁷ Sentencia, de 13 de marzo de 2017, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Madrid (núm. 209/2017).

⁷⁸ Sentencia, de 13 de marzo de 2017, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Madrid (núm. 209/2017).

⁷⁹ Sentencia, de 13 de marzo de 2017, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Madrid (núm. 209/2017).

Además, también fundamentó su veredicto en el caso Paradiso y Campanelli⁸⁰ resuelto por el TEDH, donde se determinaba que no se vulneraba el derecho al respeto a la vida privada y familiar, ya que no se había transmitido material genético al niño⁸¹.

Asimismo, el TSJ de Madrid añadió que: “la cuestión decisiva es que lo que determina la relación de filiación, [...] es la filiación biológica (cuyo reconocimiento como determinante de la filiación tiene una especial importancia para el interés del menor, como elemento esencial de su identidad, y así es destacado por las sentencias del Tribunal de Estrasburgo), y el establecimiento de lazos filiales como consecuencia de la existencia de un núcleo familiar *de facto* en el que estén integrados los menores, el progenitor biológico y su cónyuge”⁸².

En definitiva, el TSJ de Madrid declaró que no había habido vulneración alguna, a causa de no existir vínculo genético con el menor, y no haber aportado pruebas suficientes de la existencia de una convivencia familiar pasada. Por ende, rechazó que se hubiera vulnerado el artículo 8.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, ya que no existió un entorno familiar. Finalmente, el TSJ de Madrid falló denegando “la solicitud pretendida, [...] porque el menor objeto de salvoconducto no es español y tampoco es un extranjero cuya protección internacional haya sido asumida por España en aplicación de la legislación española (artículo 8.2 del RD 116/2013)”⁸³.

⁸⁰ STEDH, de 27 de enero de 2015, núm. 25358/12, Paradiso y Campanelli contra Italia.

⁸¹ Sentencia, de 13 de marzo de 2017, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Madrid (núm. 209/2017).

⁸² Sentencia, de 13 de marzo de 2017, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Madrid (núm. 209/2017).

⁸³ Sentencia, de 13 de marzo de 2017, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Madrid (núm. 209/2017).

III. REGULACIÓN SOBRE GESTACIÓN POR SUBSTITUCIÓN EN EUROPA

1. Regulación sobre gestación subrogadas en el Consejo de Europa

El artículo 21 del Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina del Consejo de Europa establece que: “el cuerpo humano y sus partes, como tales, no deberán ser objeto de lucro”.

A pesar de que la gestación subrogada esté prohibida por diferentes organismos de la UE, han habido casos donde el TEDH ha reconocido la inscripción de niños nacidos por gestación subrogada en el Registro Civil del domicilio de los padres intencionales⁸⁴. Ello, ha supuesto un conflicto con el marco jurídico de algunos países de la Unión Europea, ya que consideran la gestación subrogada nula de pleno derecho. Sin embargo, el TEDH justifica que su decisión es la más correcta, atendiendo a la protección y al superior interés del menor.

Especialmente, considera relevante proteger el derecho a la vida privada y familiar del niño⁸⁵, y al derecho a tener una filiación e identidad determinada desde el día de su alumbramiento, tal y como establece el artículo 7.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989: “el niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”.

Sin embargo, aunque el TEDH, en los casos *Menesson* y *Labassee*⁸⁶ tuviese muy claro su veredicto, por haber existido una convivencia familiar común y una transmisión de componente genético al niño, hay casos en los que,

⁸⁴ Como por ejemplo, la STEDH, de 26 de junio 2014, núm. 65192/11, *Menesson* contra Francia y la STEDH, de 26 de junio 2014, núm. 65941/11, *Labassee* contra Francia.

⁸⁵ Consagrado en el artículo 8.1 CEDH.

⁸⁶ Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, casos *Menesson* contra Francia (nº 65192/11) y caso *Labassee* contra Francia (n.º 65941/11) de 26 de junio de 2014.

cuando no concurren estas dos características, el TEDH ha fallado en contra de la inscripción de los niños, tal y como sucede en el caso Paradiso y Campanelli.

En España, las diferencias entre la doctrina del TEDH y el TS no ocasionan un grave conflicto, ya que la legislación española prevé una alternativa para proteger el interés del niño y de la familia. En concreto, el artículo 10.3 LTRHA faculta al padre biológico para la interposición de una reclamación de paternidad. Por tanto, siempre que el padre intencional haya aportado material genético al niño, la acción de reclamación de paternidad será una alternativa para la determinación de la filiación del niño en favor de los comitentes, mucho menos costosa que la de acudir al TEDH⁸⁷.

En 2012, el Consejo de Europa redactó una declaración en la que revelaba que la gestación subrogada era “incompatible con la dignidad de las mujeres y los niños involucrados y una violación de sus derechos fundamentales”⁸⁸.

En la actualidad, debido a la disparidad de las legislaciones sobre gestación subrogada de los diferentes países del mundo y al aumento incesante del turismo reproductivo, la Conferencia de la Haya está llevando a cabo negociaciones para establecer un convenio común de Derecho Internacional Privado sobre gestación subrogada, que tiene como finalidad dotar de seguridad jurídica a las familias que pretendan someterse a esta práctica en el extranjero⁸⁹.

En conclusión, la gestación subrogada está prohibida en muchos Estados, por ser contraria a los derechos del niño y a la dignidad de la mujer. Aunque la normativa europea sigue esta misma tendencia, el TEDH ha permitido reconocer la inscripción de los niños en el Registro Civil en ciertos casos, atendiendo al interés superior del menor.

⁸⁷ M. C. GONZÁLEZ CARRASCO, “Gestación por sustitución: ¿Regular o prohibir?”, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 22, 2017, pp. 129.

⁸⁸ GÓMEZ DE AGÜERA, C., URRUTIA, C., MUÑOZ, M., OSTOS G. Y GARCÍA-NOBLEJAS, T., “Vientres de alquiler. Maternidad subrogada. Una nueva forma de explotación de la mujer”, en https://www.bioeticacs.org/iceb/seleccion_temas/vientreAlquiler/v_aquiler_web.pdf. (Fecha de consulta: 05/05/2019)

⁸⁹ LAMM, E. “Gestación por sustitución: realidad y derecho”, op. cit., pp. 28.

2. Regulación sobre gestación subrogada en la Unión Europea

La primera normativa de la UE sobre gestación subrogada surge en 2010, gracias al informe llamado: “el reconocimiento de la responsabilidad parental: paternidad biológica y paternidad legal”. Este fue realizado por la Dirección General de Políticas Interiores del Parlamento Europeo junto con la Conferencia de la Haya, y su objetivo era dotar a los Estados miembros de la Unión, de reglas básicas para solucionar los inconvenientes surgidos por la gestación subrogada efectuada en el extranjero. Sin embargo, no hubo consenso entre los Estados miembros para establecer una normativa común⁹⁰.

Por otro lado, la Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de diciembre de 2015, sobre el Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo y la política de la Unión Europea al respecto, en su aportación número 115: “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 humanos⁹¹”.

Además, el artículo 27 CDFUE, expone que el interés superior del menor tendrá consideración primordial para las instituciones de los países miembros de la Unión. Por ello, las autoridades de los Estados miembros de la Unión Europea (en adelante, UE) limitan tanto la gestación subrogada, ya que no se debe olvidar que esta práctica puede influir en el tráfico de menores.

Asimismo, esta práctica también vulnera los derechos de la gestante, tales

⁹⁰ GÓMEZ DE AGÜERA, C., URRUTIA, C., MUÑOZ, M., OSTOS G. Y GARCÍA-NOBLEJAS, T., “op. cit. (Fecha de consulta: 05/05/2019)

⁹¹ Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de diciembre de 2015, sobre el Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo (2014) y la política de la Unión Europea al respecto (2015/2229 (INI)). Número 115.

como su dignidad y su integridad física y psíquica, establecidos en el artículo 3.1 CDFUE. Por estos motivos, el artículo 3.2 CDFUE prohíbe, dentro del ámbito de la medicina y la biología, el uso con fines lucrativos de parte o la totalidad del cuerpo humano.

En definitiva, la UE no puede forzar a que se prohíba o permita esta práctica en los Estados miembros, a causa de la inviabilidad, por parte de los mismos, de determinar unos criterios uniformes sobre la misma, que no solo abre un debate jurídico, sino también moral⁹².

⁹² REGALADO TORRES, M. D. op. cit., pp. 28.

IV. LA GESTACIÓN SUBROGADA EN EL DERECHO COMPARADO

La disparidad normativa existente en materia de gestación subrogada, entre los diferentes países del mundo, permite establecer tres posiciones diferentes adoptadas por los países en relación con la gestación subrogada⁹³. Por un lado, encontramos países que la prohíben expresamente. Por otro lado, hallamos países que la permiten con limitaciones. Y finalmente, encontramos países que la permiten totalmente, incluyendo su forma comercial⁹⁴.

1. Países que prohíben la gestación subrogada

En primer lugar, dentro de los países que prohíben esta práctica, existen diferentes vías de actuación. Por un parte, hallamos países que simplemente sancionan la gestación subrogada con la nulidad del contrato, y por otra parte, encontramos los países que no sólo sancionan esta práctica con la nulidad del contrato, sino también con la imposición de multas. La gestación subrogada está prohibida en países como Alemania, Francia, Suiza e Italia, entre otros⁹⁵.

Como la legislación de estos países en la materia que nos ocupa sigue una tendencia similar a la legislación establecida en España, no nos detendremos en hablar más de ello⁹⁶.

Por otro lado, existen países que no regulan la gestación subrogada expresamente, pero tampoco la prohíben, como por ejemplo Reino Unido, Irlanda, Bélgica y Brasil, entre otros. El vacío legal existente, faculta a los comitentes a llevar a cabo esta práctica, amparándose en el derecho a la procreación y reproducción⁹⁷, aunque con pocas garantías de reconocimiento de la filiación a

⁹³ En el Cuadro 2 del Anexo, podemos apreciar los modelos de familia exigidos para poder optar a la gestación subrogada en cada país.

⁹⁴ ROMERO COLOMA, A. M. op. cit., pp. 33.

⁹⁵ VILAR GONZÁLEZ, S. op. cit., pp.168.

⁹⁶ Para saber más sobre la regulación de la gestación subrogada de los países mentados, véase el Cuadro 3 del Anexo.

⁹⁷ El derecho a la procreación y reproducción no se encuentra consagrado literalmente en nuestro texto constitucional. Sin embargo, la Declaración Universal de Derechos Humanos establece el

favor de ellos. Sin embargo, los ordenamientos jurídicos de estos países, sí que consagran el principio *mater semper certa est* y prohíben la indisponibilidad del cuerpo humano⁹⁸.

En estos casos, se presumirá, en primer lugar, a la gestante como la madre del niño, y posteriormente, deberán los comitentes reclamar por vía judicial la filiación del menor, una vez que la mujer gestante haya renunciado a la filiación materna. Por tanto, si la gestante se arrepintiera de la entrega del niño en el último momento, o los comitentes ya no estuviesen interesados en recibirlo, ninguna de las partes afectadas podría reclamar judicialmente lo convenido en el acuerdo de gestación subrogada. Debido a estos motivos y a las grandes limitaciones establecidas por las clínicas de reproducción asistida, muchos ciudadanos austríacos, belgas, brasileños y del Reino Unido⁹⁹, optan por llevar a cabo esta práctica en el extranjero¹⁰⁰.

2. Países que permiten de forma limitada la gestación subrogada

En segundo lugar, entre los países que permiten la gestación subrogada, pero con limitaciones, podemos destacar Grecia, Portugal, Sudáfrica y Vietnam, entre otros. Estos países permiten la gestación subrogada, siempre y cuando se cumplan unos requisitos generales. Entre ellos destacamos que la gestación subrogada se efectúe de forma altruista, es decir, aportando únicamente una compensación económica por los gastos propios del embarazo y el lucro cesante acontecido. Asimismo, el óvulo transferido no podrá pertenecer a la gestante, y esta deberá cumplir una serie de requisitos respecto de su estado de salud, edad y hábitos de vida, entre otros.¹⁰¹

Además de estos requisitos generales, los países que permiten la gestación

derecho a fundar una familia, que está estrechamente relacionado con los derechos a la procreación y reproducción.

⁹⁸ VILAR GONZÁLEZ, S. op. cit., pp.181-192.

⁹⁹ El Informe Warnock sirvió de base para la regulación de la gestación subrogada en el Reino Unido.

¹⁰⁰ VILAR GONZÁLEZ, S. op. cit., pp.181-192.

¹⁰¹ VILAR GONZÁLEZ, S. op. cit., pp. 193-220.

de forma limitada, también establecen otras restricciones concretas propias de cada ordenamiento jurídico¹⁰². El principal problema de la gestación subrogada en estos países es la insuficiencia de mujeres gestantes existentes, justificada por el altruismo requerido para llevar a cabo esta práctica.

3. Países que permiten la gestación subrogada (incluso de forma comercial)

En tercer lugar, entre los países que permiten totalmente esta práctica, tanto de forma altruista como comercial, podemos destacar parte de Estados Unidos, Ucrania y Rusia, entre otros. Asimismo, la regulación sobre gestación subrogada establecida en estos países, es totalmente contraria a la fijada por el ordenamiento jurídico español. Por ello, centraremos nuestra atención en conocer cómo regulan esta práctica los países anteriormente mencionados.

3.1. Estados Unidos

La legislación de la gestación subrogada en Estados Unidos difiere mucho dependiendo del estado que se trate. Los estados de Michigan y Nueva York imponen sanciones penales a la gestación subrogada comercial. Asimismo, los estados de Arizona, Indiana y Nebraska prohíben la gestación subrogada y consideran nulo de pleno derecho su contrato. Por otro lado, hay estados en los que sí que se permite esta práctica, incluso de forma onerosa, tales como California, Virginia, Texas, Florida, Illinois y Utah, entre otros. Sin embargo, muchos de estos estados permiten la gestación subrogada con limitaciones, como por ejemplo Florida, donde solo se puede acceder a la gestación subrogada si los comitentes están casados¹⁰³.

Existen estados que no tienen regulación alguna sobre gestación subrogada, como por ejemplo Missouri, Nuevo México y Oregón. El vacío legal

¹⁰² Estas limitaciones concretas de cada país se indican en el Anexo (véase el Cuadro 4).

¹⁰³ MOHAPATRA, S. “States of confusion: regulation of surrogacy in United States”, en *New Cannibal Markets*, vol. 14, núm.11, 2017, pp. 84-85, y REPRODUCCIÓN-ASISTIDA. MX, “Gestación subrogada en Estados Unidos”, en <https://reproduccion-asistida.mx/gestacion-subrogada/eeuu/> (Fecha de consulta: 05/05/2019).

existente en estos estados permite el acceso a esta técnica de reproducción asistida, pero con una menor seguridad jurídica. Por otro lado, entre los estados que establecen la gestación subrogada sin prácticamente limitaciones, hallamos California.¹⁰⁴

A continuación, pasaremos a analizar la legislación californiana en materia de gestación subrogada, ya que es con diferencia, el destino más recurrido internacionalmente para llevar a cabo esta técnica y el que ofrece más seguridad jurídica. La regulación de la gestación subrogada en California se halla en su Código de Familia (*Uniform Parentage Act*), aprobado en 1973. El *Uniform Parentage Act* pasó a formar parte del Código de Familia californiano en 1994¹⁰⁵.

En California se permite acceder a la gestación subrogada, incluso de forma onerosa, donde la compensación económica media se encuentra entre los 100.000 y 150.000 dólares. Asimismo, no existe ninguna limitación de acceso por razón de modelos de familia, orientación sexual, grado de infertilidad, estado civil, número de miembros de la pareja o número de embriones implantados¹⁰⁶.

Sin embargo, aunque no exista una legislación que limite estos aspectos, la Sociedad Americana para la Medicina Reproductiva elaboró un informe que recomendaba ciertas restricciones, como por ejemplo establecer la edad mínima y máxima de la gestante, el número máximo de embarazos llevados a cabo por la misma, o las pruebas físicas y psicológicas pertinentes. Además, tal y como establece el artículo 7.601 del *Uniform Parentage Act*, California permite establecer la filiación del niño en favor de dos o más comitentes, independientemente de si ha habido transmisión de material genético o no al niño¹⁰⁷.

¹⁰⁴ JAMES, S. CHILVERS, R. HAVEMANN, D. Y. PHELPS, J. “Avoiding legal pitfalls in surrogacy arrangements”, en *Elsevier*, núm.21, 863-865, y REPRODUCCIÓN-ASISTIDA. MX, op. cit., (Fecha de consulta: 05/05/2019).

¹⁰⁵ SCHWARTZ, G. H. “Parentage litigation reference guide”, en <https://www.courts.ca.gov/documents/ab1058-2018-Parentage-handout.pdf> (Fecha de consulta: 02/05/2019).

¹⁰⁶ VILAR GONZÁLEZ, S. op. cit., pp. 221-230.

¹⁰⁷ VILAR GONZÁLEZ, S. op. cit., pp. 221-230.

Por otro lado, antes de iniciar el proceso de gestación subrogada en California, las partes deberán contratar un asesor legal que les informará de todo el proceso y deberán buscar la mujer idónea para gestar al futuro niño, la cual formará parte del registro de mujeres decididas a gestar, aportado por la asesoría legal. Una vez seleccionada la gestante, se firmará el contrato de gestación subrogada entre las dos partes, ante notario o testigos¹⁰⁸.

El procedimiento judicial empezará antes del nacimiento del niño y culminará con la resolución o sentencia, antes o después del alumbramiento, en la que se establece la filiación del niño a favor de los padres intencionales, y se excluye de cualquier derecho sobre el mismo a la gestante¹⁰⁹. Finalmente, los padres podrán inscribir al niño en el Registro Civil Consular español, ya que al haberse dictado una resolución judicial en California que determina la filiación a favor de los comitentes, el ordenamiento jurídico español permite inscribir en el Registro tal filiación, en virtud del artículo 96.2 LRC.

3.2. Rusia

La gestación subrogada en Rusia también está permitida, incluso de forma onerosa. Esta se encuentra regulada en la Ley Federal sobre los Fundamentos de la Protección de la Salud de los Ciudadanos del año 2011 (núm. 323). Para recurrir a esta práctica en Rusia se han de cumplir unos requisitos.

El primer requisito consiste en que el comitente o comitentes sean una mujer individual infértil o una pareja heterosexual, donde la madre intencional tenga problemas de infertilidad. Asimismo, el contrato de gestación subrogada no podrá contener ninguna cláusula que prohíba a la gestante abortar durante el embarazo, tal y como establece el artículo 56 de la Ley Federal sobre los

¹⁰⁸ FARNÓS AMORÓS, E. “Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California”, en *Revista InDret*, núm. 1, 2010, pp. 10-11.

¹⁰⁹ VILAR GONZÁLEZ, S. op. cit., pp. 221-230.

Fundamentos de la Protección de la Salud de los Ciudadanos del año 2011¹¹⁰.

El segundo requisito consiste en que la gestante ha de tener un hijo sano con anterioridad a esta práctica. Este requisito fomenta que haya menos arrepentimientos por el desconocimiento de los costes de un embarazo y parto. El tercer requisito consiste en que la gestante ha de tener entre 20 y 35 años, y no puede aportar su propio material genético al niño, aunque sí se permite utilizar gametos de terceras donantes¹¹¹.

Para la inscripción de la filiación del niño en el Registro Civil español no es necesario ningún proceso judicial, será suficiente con la presentación en el Registro del Estado Civil de la solicitud de inscripción y el documento sanitario en el que la gestante preste su consentimiento de renunciar a la filiación del nacido a favor de los comitentes. Sin embargo, según el artículo 48 del Código de Familiar ruso de 1995, sigue primando el principio *mater semper certa est*. Por tanto, si la gestante no prestare su renuncia a la filiación, tendría derecho a quedarse con el menor¹¹².

Asimismo, el apartado segundo del artículo 51.4 del Código de Familia Ruso establece que: “[...] las personas casadas entre sí y que han dado su consentimiento por escrito para la implantación de un embrión a otra mujer con el fin de gestarlo, sólo podrán ser inscritas como los padres del niño con el consentimiento de la mujer que dio a luz al niño (madre sustituta)”.

Por otro lado, la gestación subrogada comercial en Rusia no está regulada, y debido al vacío legal existente, la gran mayoría de veces, esta práctica se lleva a cabo de forma onerosa. Además, para que no existan problemas legales, normalmente, los intercambios monetarios se suelen hacer a escondidas¹¹³.

¹¹⁰ VILAR GONZÁLEZ, S. op. cit., pp. 230-236.

¹¹¹ VILAR GONZÁLEZ, S. op. cit., pp. 230-236.

¹¹² VILAR GONZÁLEZ, S. op. cit., pp. 230-236.

¹¹³ KHAZOVA, O. *International surrogacy arrangements. Legal Regulation at the International Level* Hart Publishing, 1ª ed., Inglaterra, 2013, pp. 314-319.

3.3. Ucrania

La gestación subrogada en Ucrania está permitida y se encuentra regulada en el artículo 123 del Código de Familia de Ucrania. El artículo 123.2 del Código de Familia de Ucrania expone que: “si un óvulo concebido por los cónyuges se implanta a otra mujer, los esposos serán los padres del niño”. Para poder llevar a cabo esta práctica en Ucrania, los solicitantes han de ser una pareja heterosexual y uno de los comitentes ha de transmitir material genético al niño. Además, la madre intencional ha de tener problemas de fertilidad. Por otro lado, el consentimiento de la gestante se ha de realizar a través de un contrato ante notario¹¹⁴.

Para la inscripción del niño nacido por gestación subrogada en el Registro Civil ucraniano, es necesario el certificado de nacimiento en el que conste el nombre de la mujer gestante y del padre intencional, y un documento en el que la gestante declare la renuncia a todos sus derechos como madre del recién nacido¹¹⁵.

Una vez inscrito el menor en el Registro Civil ucraniano, para inscribir la filiación paterna del mismo en el Registro Civil español, el padre intencional deberá recurrir a la interposición de una demanda de paternidad, en virtud del artículo 10.3 LTRHA. Por otro lado, para la inscripción de la filiación materna del niño a favor de la madre intencional, esta deberá proceder a adoptar al menor, una vez el padre intencional haya obtenido la paternidad por la vía del artículo 10.3 LTRHA.

En la actualidad, muchas familias que han optado por esta técnica de reproducción asistida en Ucrania, han tenido problemas para obtener el salvoconducto español del recién nacido, puesto que no se les permite la

¹¹⁴ LAMM, E. *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada, ni alquiler de vientres*, op. cit., pp. 176-178 y ¹¹⁴ ÁLVAREZ, N. *¿Cómo funciona la gestación subrogada en Ucrania? Requisitos y precio*, en <https://www.babygest.es/ucrania/> (Fecha de consulta: 05/05/2019).

¹¹⁵ ÁLVAREZ, N. op. cit., (Fecha de consulta: 05/05/2019).

inscripción del mismo en el Registro Civil, lo que ha supuesto que actualmente se encuentren aún en Ucrania, por la imposibilidad del menor de viajar a España¹¹⁶.

El Ministerio de Exteriores de España ha expedido un comunicado, en el que deja claro que hay un cambio de tendencia en la práctica de la inscripción de los niños nacidos por gestación subrogada en Ucrania. En concreto, declara que se dejará de permitir la inscripción en el Registro Civil español a menores nacidos por gestación subrogada en Ucrania, debido a la detección de malas praxis en el ejercicio de esta técnica, por parte de los operadores e intermediarios gestacionales ucranianos¹¹⁷.

La Embajada española en Ucrania ya había comunicado la existencia de engaños y “abortos inducidos por parte de las clínicas de reproducción asistida a las gestantes a partir de la sexta semana de embarazo, con el objetivo de incrementar los gastos y llevar a cabo otro costoso proceso de inseminación, o el deficiente control médico durante el embarazo de las madres gestantes”¹¹⁸.

Por ello, el Ministerio de Exteriores de España declaró que: “el tratamiento de este tipo de expedientes requiere de un especial cuidado por parte de la Sección Consular de la Embajada de España en Kiev al haber sido informada en los últimos meses de posibles casos de mala praxis médica asociada a los procesos de reproducción asistida, así como de casos de posible tráfico de menores. La Embajada de España en Kiev debe adoptar todas las precauciones necesarias para proteger el interés superior de los menores”¹¹⁹.

Una de las clínicas ucranianas de gestación subrogada que actualmente está en el punto de mira es Biotexcom, que ha sido acusada por el Fiscal General del Estado ucraniano de fraude fiscal, falsedad documental y tráfico de personas.

¹¹⁶ EL PAÍS, *Exteriores pone bajo sospecha los casos de gestación subrogada en Ucrania*, en https://elpais.com/politica/2018/08/29/actualidad/1535561970_843437.html (Fecha de consulta: 01/05/2019).

¹¹⁷ EL PAÍS, op. cit. (Fecha de consulta: 01/05/2019).

¹¹⁸ EL PAÍS, op. cit. (Fecha de consulta: 01/05/2019).

¹¹⁹ EL PAÍS, op. cit. (Fecha de consulta: 01/05/2019).

El Fiscal General explicó que "no es un caso único, se trata del hecho de que Biotex.com ha llevado a cabo al menos 1.000 operaciones de subrogación y, lamentablemente, vemos que en muchos casos no se cumplió con la ley sobre la necesidad de biomaterial al menos de uno de los padres comitentes, en este sentido, la investigación insistirá en el arresto de todos los sospechosos de cometer este crimen [...]”¹²⁰.

En definitiva, el Estado español ha dejado de permitir la inscripción en el Registro Civil de niños nacidos en Ucrania por gestación subrogada, atendiendo a la protección de los menores y de las mujeres gestantes, ya que se han detectado malas praxis y posibles casos de tráfico de personas.

3.4. India

Hasta hace poco, la gestación subrogada en India estaba permitida, tanto de forma onerosa como gratuita, y resultaba ser el tercer país del mundo más solicitado por los extranjeros para llevar a cabo un proceso de gestación subrogada, después de Estados Unidos y Ucrania. Sin embargo, la legislación sobre gestación subrogada en dicho país ha sido reformada en 2016, por la *Surrogacy (Regulation) Bill*, y ha supuesto muchos cambios que han afectado al turismo reproductivo del país.

A consecuencia de la reforma, India solo permite la gestación subrogada a matrimonios heterosexuales de origen indio, a extranjeros casados con una mujer nacional india o a extranjeros viviendo allí. Por tanto, una persona española ya no puede acceder a la gestación subrogada en India. Por otro lado, ya no se permite la gestación subrogada de forma onerosa. Las ventajas que ofrecía India eran los bajos precios para llevar a cabo esta técnica de reproducción asistida. El cambio en la legislación tiene la finalidad de erradicar a los operadores que explotaban a

¹²⁰ ASOCIACIÓN DE PADRES POR LA GESTACIÓN SUBROGADA, “La clínica Biotex acusada formalmente de tráfico de personas, falsedad documental y fraude fiscal por el Fiscal General del Estado en Ucrania”, en <https://padresporgestacion.org/2018/07/26/clinica-de-gestacion-subrogada-acusada-formalmente/> (Fecha de consulta: 01/05/2019).

las gestantes, en las conocidas “granjas de mujeres”¹²¹”.

En referencia a los requisitos que ha de cumplir la mujer gestante, esta ha de ser menor de 35 años, haber tenido ya un hijo, estar casada, contar con la aprobación de su marido (a causa del establecimiento de una sociedad patriarcal) y ser pariente de los comitentes¹²².

¹²¹ LOK SABHA (PARLAMENTO INDIO), “The surrogacy (regulation) Bill, 2018”, en http://164.100.47.4/billtexts/LSBillTexts/PassedLokSabha/257-C%20_2016_Eng..pdf (Fecha de consulta: 28/04/2019).

¹²² LOK SABHA (PARLAMENTO INDIO), op.cit. (Fecha de consulta: 28/04/2019).

V. LA DIGNIDAD DE LA MUJER EN LA GESTACIÓN SUBROGADA

1. Regulación de la dignidad de la mujer en la gestación subrogada en España

El cuerpo humano es una *res extra commercium*, y por tanto, es indisponible para transacciones comerciales¹²³, ya que las personas no son cosas y no tienen valor económico, sino dignidad humana¹²⁴. Por ello, cualquier negociación comercial con el cuerpo de una persona o parte de él, incluida la gestación subrogada, será contraria a la dignidad humana, y por consecuencia, al orden público. Por tanto, no se puede establecer valor económico a la función procreativa de las mujeres, ya que es una función inherente a la persona, y no puede estar sujeta a transacción comercial¹²⁵.

En referencia al tratamiento constitucional del cuerpo humano, por un lado, el artículo 18.1 CE establece el derecho a la intimidad personal y familiar de cualquier persona, y por otro lado, el artículo 15 CE determina el derecho a la integridad física y moral¹²⁶. En concreto, este último artículo expone que: “Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes [...]”.

La integridad física es un derecho subjetivo público indisponible que tiene rango de derecho fundamental. Este derecho resulta mermado cuando se produce cualquier invasión en el cuerpo de una persona, sin su consentimiento, la cual genera un perjuicio en el mismo. El problema que se plantea en la gestación subrogada, es si el consentimiento de una persona es suficiente para cualquier tipo

¹²³ IGAREDA, N. “La inmutabilidad del principio “mater sempre certa est” y los debates actuales sobre la gestación por substitución en España”, op. cit., pp. 7.

¹²⁴ GARCÍA MANRIQUE, R. “Sobre la propiedad privada de los biomateriales humanos”, en GARCÍA MANRIQUE, R. (Coord.), *El cuerpo diseminado: Estatuto, uso y disposición de los biomateriales humanos*, Aranzadi, 1ª ed., Pamplona, 2018, pp. 126

¹²⁵ PUIGPELAT MARTÍ, F. “Feminismo y las técnicas de reproducción asistida” en *Revista Aldaba*, núm. 32, 2004, pp.76.

¹²⁶ ESCOBAR ROCA, G. “El estatuto Constitucional del cuerpo humano, entre libertad y dignidad”, en GARCÍA MANRIQUE, R. (Coord.), *El cuerpo diseminado: Estatuto, uso y disposición de los biomateriales humanos*, Aranzadi, 1ª ed., Pamplona, 2018, pp. 54.

de intervención en su cuerpo. En el derecho a la integridad física, no se recoge la regulación del derecho de disposición del cuerpo humano. Por ello, hasta que no se redacte un estatuto jurídico del cuerpo, la problemática referente a la disponibilidad del cuerpo humano en la gestación subrogada seguirá persistiendo¹²⁷.

Pese a la incidencia del derecho a la integridad física y moral en el derecho a la dignidad humana, este trabajo no pretende desarrollar en detalle el citado derecho establecido en el artículo 15 CE. Por ello, nos centraremos más en el análisis del artículo 10.1 CE, en concreto, en lo pertinente al derecho a la dignidad humana.

Por otro lado, el primer documento que reguló el derecho a la dignidad humana en España fue el Proyecto de Constitución Federal de la Primera República de 1873. Sin embargo, el mismo carecía de valor jurídico¹²⁸. El título preliminar del mencionado proyecto exponía que: “toda persona encuentra asegurados en la República, [...] todos los derechos naturales: 1º El derecho a la vida, y a la seguridad, y a la dignidad de la vida [...]”.

Pese a esta previsión legal, la regulación del derecho a la dignidad humana en España no fue efectiva hasta la finalización de la Segunda Guerra Mundial, gracias a la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. Esta declaración pretendía proteger los derechos más básicos de las personas, que se habían estado vulnerando durante la Segunda Guerra Mundial. Por ello, su texto normativo determinaba que el derecho a la dignidad humana era la base del derecho a la libertad, la justicia y la paz. Además, el artículo 1 de esta declaración propugnaba la igualdad en dignidad y derechos de todos los seres humanos¹²⁹.

¹²⁷ PASCUAL MEDRANO, A. “La interminable configuración del derecho fundamental a la integridad física”, en *Revista española de Derecho Constitucional*, núm. 114, 2018, pp. 49-69.

¹²⁸ MERINO NOVERTO, M. “Sinopsis artículo 10”, Título I. De los derechos y deberes fundamentales”, en <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=10&tipo=2> (Fecha de consulta: 08/05/2019).

¹²⁹ MERINO NOVERTO, M. op. cit. (Fecha de consulta: 08/05/2019).

Finalmente, la influencia del derecho comparado fue la causante de la regulación de la dignidad humana en España. En concreto, la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 1949, más conocida como la Ley Fundamental de Bonn, sirvió de inspiración para el legislador español en la regulación del derecho a la dignidad humana¹³⁰.

Actualmente, el derecho a la dignidad humana se encuentra establecido en el artículo 10.1 CE. El citado artículo expone que: “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”. Asimismo, el artículo 10.2 CE establece que: “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

La STC 36/1991, FJ 5, declaró que el mencionado artículo 10.2 CE no dota de rango constitucional a los derechos establecidos en los Tratados Internacionales, sino que establece “una conexión entre nuestro propio sistema de derechos fundamentales y libertades, de un lado, y los Convenios y Tratados internacionales sobre las mismas materias en los que sea parte España, de otro”¹³¹.

La dignidad es una condición inherente a la persona, es decir, por el simple hecho de nacer, la persona adquiere dignidad humana. Asimismo, todas las personas tienen la misma dignidad, indistintamente de que tengan diferentes creencias, religiones, sexos, entornos laborales y comportamientos¹³².

Además, la dignidad humana se caracteriza por tres aspectos clave. En primer lugar, nuestra dignidad es cualitativamente superior a la de los animales.

¹³⁰ El artículo 1.1 de la Ley Fundamental de Bonn expone que: “la dignidad humana es inviolable. Respetar y protegerla es el deber de toda autoridad estatal”.

¹³¹ MERINO NOVERTO, M. op. cit. (Fecha de consulta: 08/05/2019).

¹³² STC 120/1990, FJ 4.

En segundo lugar, es el fundamento del derecho español e internacional. Finalmente, la misma no es gradual, ni renunciable¹³³.

Por tanto, el derecho a la dignidad humana se encuentra amparado en el artículo 10.1 CE y 15 CE. El Título I desarrolla los valores superiores de nuestro ordenamiento. Sin embargo, no todos los derechos establecidos en este tienen el mismo valor normativo, por ejemplo los comprendidos entre los artículos 14 CE y 29 CE tienen la categoría de derechos fundamentales. Por ello, los derechos del artículo 15 CE alcanzan rango de derechos fundamentales. Según Pérez Luño, los derechos fundamentales recogen el estatuto jurídico esencial de las personas y la función social de las instituciones del Estado. Asimismo, los mismos están dotados de mecanismos extraordinarios para su protección, como son el recurso de amparo y el de queja constitucional¹³⁴.

Sin embargo, los derechos comprendidos en el artículo 10.1 CE no alcanzan la categoría de fundamentales, sino que los mismos establecen los principios generales que han de tenerse en cuenta en la aplicación de los derechos constitucionales del Título I¹³⁵. Por tanto, los derechos del artículo 10.1 CE no están dotados de la misma protección que los establecidos en el artículo 15 CE, ya que no son derechos fundamentales, sino derechos constitucionales que establecen los principios generales para la aplicación del Título I.

Asimismo, el TC dictaminó que tanto el artículo 10.1 CE como el artículo 15 son los derechos de partida para la concreción de los demás derechos propios de las persona. Debido a la importancia de estos, el artículo 10.1 CE encabeza el Título I CE (de los derechos y deberes fundamentales), y el artículo 15 CE encabeza la sección 1ª, del capítulo II, del título I CE (de los derechos fundamentales y las libertades públicas)¹³⁶.

¹³³ MERINO NOVERTO, M. op. cit. (Fecha de consulta: 08/05/2019).

¹³⁴D, y BERNAL PULIDO, C. “Derechos Fundamentales”, en *Enciclopedia de Filosofía y teoría del derecho*, vol. 2, 2015, pp.1573.

¹³⁵ RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO, M. y CASAS BAAMONDE, M. E. (Dir.), *Comentarios a la Constitución Española*, Wolters Kluwer, tomo II, España, 2018, pp.298-334.

¹³⁶ STC 53/1985, FJ 3, y MERINO NOVERTO, M. op. cit. (Fecha de consulta: 08/05/2019).

Además, la STC 53/1985, FJ 3, expone que: “el artículo 10 CE y 15 CE constituye el derecho fundamental esencial y troncal en cuanto es el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible”. Asimismo, añade que el derecho a la dignidad humana está estrechamente vinculado con el derecho a la vida¹³⁷.

Por otro lado, el TS, en su Auto de 2 de febrero de 2012, y en su fallo de 6 de febrero de 2014, rechazó la gestación subrogada, por atentar contra la dignidad de la mujer. En concreto, fundamentó esta vulneración en los siguientes aspectos: se produce una cosificación de la gestante y del niño; se mercantiliza con el útero de la mujer; se promueve el tráfico de niños y mujeres; se genera un lucro por parte de los intermediarios de esta práctica; se explota, en ciertos casos, el estado de necesidad de mujeres en el umbral de la pobreza; y se produce una discriminación en la que solo aquellos más pudientes pueden optar a esta técnica¹³⁸.

Asimismo, el artículo 1271 CC establece que: “pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras”. Además, este mismo artículo añade que: “pueden ser igualmente objeto de contrato todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres”. Por ello, la gestación subrogada no podría ser objeto de contrato, puesto que el artículo 10 LTRHA establece que esta práctica es nula de pleno derecho. En definitiva, el cuerpo humano es una *res extra commercium*, es decir, esta fuera del comercio de los hombres y no se puede negociar con él¹³⁹.

¹³⁷ STC 53/1985, FJ 3.

¹³⁸ ATS, de 2 de febrero de 2012, Sala de lo Civil (núm. 245/2012).

¹³⁹ Conforme al artículo 1.271 CC.

2. Regulación de la dignidad de la mujer en la gestación subrogada en la Unión Europea

En la actualidad, la gestación subrogada no solo está prohibida en muchos países, sino que se ha creado un marco normativo intracomunitario que prohíbe esta técnica por ser contraria a la dignidad de la mujer. En concreto, el Parlamento Europeo “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 [...]”¹⁴⁰.

Por otro lado, el artículo 2 del Tratado de la Unión Europea (en adelante, TUE), establece que “la Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías”. Asimismo, el artículo 1 CDFUE, expone que “la dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida”.

En definitiva, según la normativa de la Unión Europea, la gestación subrogada atenta contra la dignidad de la mujer, puesto que se mercantiliza con las funciones reproductivas de la misma. Además, esta vulneración se produce desde el principio del proceso, ya que desde un inicio, se permite saber a los comitentes la información personal y privada de las mujeres gestantes respecto de sus hábitos, religión, trabajo, formación, relaciones sentimentales y salud. Es decir, se produce una invasión de la intimidad que se justifica por la necesidad dar garantías del buen estado de la gestante¹⁴¹.

¹⁴⁰ Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de diciembre de 2015, sobre el Informe Anual sobre los Derechos Humanos y la Democracia en el Mundo (2014) y la política de la Unión Europea al respecto (2015/2229 (INI)). Número 115.

¹⁴¹ CASCIANO, A. “La subrogación en la maternidad. Fenomenología de una interacción humana despersonalizadora”, en *Cuadernos de Bioética*, núm. 95, 2018, pp. 43.

No conforme con eso, los comitentes, una vez tienen toda la información, escogen a la mujer gestante de entre una lista de candidatas, como si se tratara de un producto¹⁴². Sin embargo, la regulación jurídica de las personas y de los objetos es totalmente diferente, ya que a las personas se les atribuye dignidad y respeto, en cambio, a los objetos se les atribuye valor económico¹⁴³. Esta distinción ya se preveía en el derecho romano y fundamenta la *summa divisio* del derecho actual, donde por un lado, se establecen los derechos de la persona, y por otro, los de las cosas o patrimoniales¹⁴⁴.

3. Afectación de la gestación subrogada a la dignidad de la mujer

La gestación subrogada conlleva a la despersonalización y mercantilización de la mujer gestante, ya que se dispone de su cuerpo como si fuese un objeto o instrumento. Asimismo, esta práctica contribuye a separar la parte emocional, de la corporal de la gestante, dos partes que son indivisibles e inherentes a la persona¹⁴⁵. Además, se coarta la libertad y autonomía de las mujeres gestantes, ya que a la hora de firmar el contrato, se ven forzadas a prestar su consentimiento por necesidades económicas. Por ende, en muchas ocasiones, la gestación subrogada vulnera el derecho a la libertad y a la autonomía de las mujeres gestantes, sobre todo en países subdesarrollados¹⁴⁶.

Además, la gestación subrogada desencadena un conflicto entre la libertad y el orden público, ya que se crean dos posturas contrapuestas: por un lado, la que defiende el derecho a la libertad de contratación, incluyendo la de disponer del propio cuerpo, tal y como sucede en Estados Unidos, y por otro, la que defiende que la libertad de contratación no puede ser extrapolable a todos los ámbitos, ya

¹⁴² CASCIANO, A. op. cit., pp. 42.

¹⁴³ GARCÍA MANRIQUE, R. “Sobre la propiedad privada de los biomateriales humanos”, GARCÍA MANRIQUE, R. (Coord.), *El cuerpo diseminado: Estatuto, uso y disposición de los biomateriales humanos*, Aranzadi, 1ª ed., Pamplona, 2018, pp. 126.

¹⁴⁴ MONTERO, E. “Surrogate Motherhood and summa divisio iuris between persons and things”, en *Persona y Derecho*, núm.72, 2015, pp. 228.

¹⁴⁵ APARISI MIRALLES, A. “Maternidad Subrogada y dignidad de la mujer”, en *Cuadernos de Bioética*, vol. XXVIII, núm. 3, 2017, pp. 172.

¹⁴⁶ CASCIANO, A. op. cit., pp. 46.

que las personas tenemos dignidad y no somos cosas susceptibles de comercio¹⁴⁷.

Como ya hemos explicado, la gestación por sustitución conlleva a la compensación económica de la mujer gestante por la disponibilidad de su cuerpo. Son pocos los casos en que esta práctica se lleva a cabo de forma altruista, ya que durante el embarazo se producen muchos costes económicos, físicos y psicológicos, que desalientan a las mujeres gestantes a ofrecerse gratuitamente.

Por ello, Martínez-Pereda Rodríguez expone que la verdadera gestación subrogada es la onerosa, ya que en los países donde solo se permite esta práctica de forma altruista, como por ejemplo Grecia, existe una gran escasez de mujeres gestantes¹⁴⁸. Este hecho demuestra claramente que existe una mercantilización del cuerpo de la mujer gestante, y que la mayoría de las gestaciones subrogadas son mercantiles¹⁴⁹.

Asimismo, la regulación jurídica de otras formas de disponibilidad del cuerpo humano, como por ejemplo la donación de órganos, solo se contempla de forma altruista y desinteresada¹⁵⁰. Con este hecho se pretende demostrar que no se trata de un acuerdo comercial, en el que los donantes y los intermediarios de la gestión se ven fomentados a aceptarlo por el mero hecho de obtener un lucro. Por otro lado, el artículo 3.2 CDFUE establece que: “en el marco de la medicina y la biología se respetarán: [...] la prohibición de que el cuerpo humano o partes del mismo en cuanto tales se conviertan en objeto de lucro”.

Por otra parte, esta técnica de reproducción asistida, en muchas ocasiones, origina una situación de desigualdad, donde la mujer gestante, que suele encontrarse en una situación económica precaria, se ve forzada a aceptar un negocio jurídico, deseado por otra persona con una situación económica de lo más

¹⁴⁷ ROMERO COLOMA, A. M. op. cit., pp.16.

¹⁴⁸ MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J. M. “*La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el derecho español*”, Dykinson, Madrid, 1995, pp. 34.

¹⁴⁹ LORA, P. “Gestar para otros: una ecografía de las falacias”, en *Revista Dilemata*, núm. 28, 2018, pp. 83.

¹⁵⁰ ORTEGA LOZANO, R. ÁLVAREZ DÍAZ, J. A. HERREROS RUIZ, B. Y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. A. op. cit., pp. 65.

solvente¹⁵¹. Por este mismo motivo, países como Portugal, donde está permitida la gestación subrogada con limitaciones, exigen como requisito para optar a la gestación subrogada, la inexistencia de una relación de subordinación de la mujer gestante respecto de los comitentes.

Asimismo, la gestación subrogada, en muchas ocasiones, posiciona a la mujer gestante en una situación de desigualdad informativa respecto de los comitentes o intermediarios: la diferencia lingüística, los diferentes intereses de las partes y la visión de la gestación subrogada como un negocio bastante rentable para los intermediarios, en muchos casos, produce que la gestante se posicione en una situación de desigualdad informativa respecto de los intermediarios y comitentes¹⁵².

A modo de ejemplo, Gauri, que gestó a un niño para otra familia en la India, declaró que en el momento de firmar el contrato de gestación subrogada, solo se le informó de que la práctica no era inmoral y de cómo se efectuaría la transferencia del embrión¹⁵³.

Otro de los derechos de la mujer gestante que resulta vulnerado es el de la integridad moral. La gran mayoría de mujeres gestantes necesitan apoyo psicológico durante el transcurso de esta práctica. El hecho de evitar, por parte de las mismas, cualquier lazo futuro con el niño que están gestando, les supone, en la mayoría de casos, un desequilibrio en su integridad psíquica. Ignorar la especial relación entre la gestante y el niño, indica una conducta moralmente reprochable¹⁵⁴.

Asimismo, la integridad física de la gestante también se ve mermada, a causa de la sintomatología normal del embarazo. El artículo 3.1 CDFUE expone que: “toda persona tiene derecho a su integridad física y psíquica”. Por tanto, en la

¹⁵¹ ORTEGA LOZANO, R. ÁLVAREZ DÍAZ, J. A. HERREROS RUIZ, B. Y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. A. op. cit., pp. 69.

¹⁵² CASCIANO, A. op. cit., pp. 46.

¹⁵³ KIRBY, J. “Transnational Gestational Surrogacy: Does It Have to Be Exploitative?” en *The American Journal of Bioethics*, vol. 14, núm.5, pp. 29.

¹⁵⁴ IGAREDA, N. “La inmutabilidad del principio “mater semper certa est” y los debates actuales sobre la gestación por substitución en España”, op. cit., pp. 12.

mayoría de casos, la gestación subrogada lleva implícita la vulneración del derecho a la integridad física y psíquica.

Por otro lado, en algunos casos, esta técnica de reproducción asistida también puede conllevar a la explotación y trata de las mujeres gestantes, ya que es una técnica de reproducción asistida razonablemente remunerada¹⁵⁵. Por ello, muchos Estados prohíben esta práctica, ya que tal y como establece el artículo 6 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer: “los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para suprimir todas las formas de trata de mujeres y explotación de la prostitución de la mujer”.

Sin embargo, la gestación subrogada ha influido en la creación de “granjas de mujeres” en países subdesarrollados, como por ejemplo en India y Ucrania. Las grandes compensaciones económicas que comporta la gestación subrogada, han desarrollado una red de operadores gestacionales, que explota a las mujeres con el fin de obtener beneficios, sin importarles en absoluto la vulneración de los derechos de las mismas. Esta vulneración son la consecuencia de la necesidad de que el niño nazca en las mejores condiciones, ya que sino los operadores no podrían lucrarse de la situación¹⁵⁶.

Por ello, en los últimos meses de gestación, estos operadores las llevan a establecimientos cerrados, las conocidas “granjas de mujeres”, donde se les priva de su libertad y se les aísla totalmente de sus familias, con la justificación de vigilarlas para prevenir que el niño nazca en las mejores condiciones. Además, en muchas ocasiones, la mayor parte de las compensaciones económicas se las llevan los intermediarios u operadores¹⁵⁷.

En países como India, la gestación subrogada es vista socialmente como

¹⁵⁵ CASCIANO, A. op. cit., pp. 46.

¹⁵⁶ JOUVE DE LA BARREDA, N. “Perspectivas biomédicas de la maternidad subrogada”, en *Cuadernos de Bioética*, núm. 28, 2017, pp. 160-161.

¹⁵⁷ JOUVE DE LA BARREDA, N. op. cit., pp. 160-161.

una forma de prostitución. Por ello, muchas mujeres gestantes, para ocultar su embarazo, se han visto abocadas a acudir a las “granjas de mujeres” en el último periodo de su gestación¹⁵⁸.

Para erradicar la explotación de las mujeres gestantes en India, su legislador reformó en el 2016, las leyes en materia de gestación subrogada, y por ello, ya no está permitida esta práctica de forma comercial, ni pueden acceder a ella extranjeros. Por tanto, al establecerse la forma altruista de gestación subrogada en India, los operadores gestacionales ya no están interesados en esta práctica, porque no les proporciona ningún ingreso, lo que ha supuesto la disminución de la explotación de las mujeres gestantes.

Si la gestación subrogada solo se permitiera de forma altruista, se erradicarían las “granjas de mujeres”, y con ello, terminaría la explotación de las mujeres gestantes. Asimismo, si solo existiera la gestación subrogada de forma altruista, la mujer gestante no vería coartada su libertad y autonomía para la celebración del contrato de gestación subrogada, ya que no habría razones económicas que la forzasen¹⁵⁹.

Por otro lado, una parte de la doctrina considera que no solo se cosifica e instrumentaliza a la gestante, sino que el niño es tratado en todo momento como el *output* del contrato. Incluso, en caso de que este *output* no reúna las mejores cualidades, se llevan a cabo abortos, sin el consentimiento de la gestante. La finalidad de los operadores que dirigen estas “granjas de mujeres”, es recibir la compensación económica, y para tal fin, es necesario que el niño reúna las mejores condiciones. Sin embargo, otra parte de la doctrina considera que el objeto de la gestación subrogada no es el niño, sino es la prestación del servicio de gestar y dar a luz el niño¹⁶⁰.

¹⁵⁸ KIRBY, J. op. cit., pp. 28.

¹⁵⁹ ORTEGA LOZANO, R. ÁLVAREZ DÍAZ, J. A. HERREROS RUIZ, B. Y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. A. op. cit., pp. 68-69.

¹⁶⁰ VALDÉS DÍAZ, C. C. “La maternidad subrogada y los derechos de los menores nacidos mediante el uso de esas técnicas”, en *Anuario de la Facultad de Derecho*, núm. 31, 2014, pp. 480.

Para ejemplificar mejor el tratamiento que recibe el niño, hemos de hacer referencia al reconocido caso “Baby Gammy”, donde se rechazó la recepción, por parte de los comitentes, de un niño nacido por gestación subrogada por tener Síndrome de Down, pero se aceptó la recepción de su hermana melliza. Los comitentes eran una pareja australiana que había contratado un proceso de gestación subrogada en Tailandia, fruto del cual nacieron sus dos mellizos. Durante el embarazo se comunicó a la pareja que el niño tenía Síndrome de Down. La pareja solicitó a la gestante el aborto del embrión, pero la gestante rechazó hacerlo¹⁶¹.

El día que la pareja australiana fue a buscar a sus hijos, solo aceptaron recibir a la niña, aludiendo que no querían llevarse a los dos, porque ellos solicitaban un hijo del sexo femenino. Sin embargo, las evidencias demostraban que no querían recibir al pequeño porque tenía Síndrome de Down. Actualmente, Gammy vive en Tailandia con la mujer que le gestó¹⁶². El caso “Baby Gammy” dio la vuelta al mundo, ya que puso de manifiesto la cosificación que sufrían los niños nacidos por gestación subrogada, los cuales eran tratados como si fueran un simple *output*, y habían de reunir las mejores condiciones para ser bien recibidos.

En la actualidad, una parte de la población no considera que la gestación subrogada vulnere el derecho de la dignidad de la gestante. Los avances científicos y de la sociedad han inferido en la creación de un debate social, donde muchas personas consideran que la legalización de la gestación subrogada sería positiva no solo para satisfacer los intereses de los comitentes, sino también para acabar con los perjuicios causados por el turismo reproductivo. La extinción del turismo reproductivo reduciría los casos de explotación de mujeres gestantes, de tráfico de menores en el tercer mundo, y de discriminación de las gestantes por ser de diferente clase social a los comitentes¹⁶³.

¹⁶¹ SCOTT SILLS, E. *Handbook of gestational surrogacy: international clinical practice and policy issues*, Cambridge University Press, 1ª edición, Reino Unido, 2016, pp. 246.

¹⁶² CALLAGHAN, S. y NEWSON, A. “Surrogacy, motherhood and Baby Gammy”, en *Bio News*, núm.766, 2014, pp. 1.

¹⁶³ IGAREDA, N. “La inmutabilidad del principio “mater sempre certa est” y los debates actuales sobre la gestación por substitución en España”, op. cit., pp. 12.

Según J. Stoll, si el rechazo a la legalización de la gestación subrogada, se justifica por ser una técnica contraria a la dignidad de la mujer, tampoco debería ser legal la donación de órganos, de gametos, y de embriones¹⁶⁴. Asimismo, una parte de la doctrina considera que si la gestación subrogada fuere altruista, se resolverían los problemas sobre explotación de las mujeres gestantes y se garantizaría la libertad de contratación de las mismas, pero seguiría sin solucionarse el conflicto existente con la indisponibilidad del cuerpo humano.

Muchos autores consideran que la gestante es el “árbitro” de su propio cuerpo y la que ha de decidir libremente si gestar o no un embrión para entregarlo a unos padres intencionales, ponderando ella misma la vulneración de su derecho a la dignidad por utilizar su cuerpo como un instrumento¹⁶⁵. Asimismo, estos autores opinan que la prohibición del derecho a disponer del propio cuerpo, también supone una vulneración del derecho a la dignidad humana, ya que se ve mermado el derecho a la libertad de las personas.

Sin embargo, el derecho a la libertad y autonomía de las mujeres gestantes aludido, no se puede entender como cierto debido a que no se está considerando el contexto de estas mujeres. Por ello, Guerra Palmero declaró que: “el ejercicio pleno de la autonomía de las personas sólo es posible desde condiciones de justicia e igualdad”¹⁶⁶.

¹⁶⁴ IGAREDA, N. “La gestación por sustitución: una oportunidad para repensar la filiación y la reproducción humana”, op. cit., pp. 62.

¹⁶⁵ CASELLA, C. CAPASSO, E. TERRACCIANO, L. DELBON, P. FEDELI, P. SALZANO, F. A. POLICINO, F. y NIOLA, M. *Ethical and legal issues in gestational surrogacy*, Gruyter, Barcelona, 2018, pp. 121.

¹⁶⁶ ORTEGA LOZANO, R. ÁLVAREZ DÍAZ, J. A. HERREROS RUIZ, B. Y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. A. op. cit., pp. 65.

CONCLUSIONES

Los objetivos del presente trabajo son, en primer lugar, comprender qué es la gestación subrogada, en segundo lugar, conocer el cuerpo jurídico-positivo español y supranacional sobre maternidad subrogada, y finalmente, analizar jurídicamente la afectación de esta práctica a la dignidad de la mujer.

Por ello, podemos extraer de nuestro trabajo que la gestación subrogada es una técnica de reproducción asistida que consiste en la gestación de un niño por una mujer, llamada gestante, y que tras el alumbramiento de este, lo entrega a otra persona o personas, llamados comitentes, renunciando a la filiación y custodia del recién nacido. Este tipo de técnica de reproducción asistida, normalmente se realiza a cambio de una compensación económica y formalizando un contrato de gestación subrogada.

Asimismo, hemos visto que la gestación subrogada es una técnica de reproducción asistida prohibida en la legislación española. El artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida establece que la gestación subrogada es nula de pleno derecho. Además, el apartado segundo del artículo 10, establece que para la determinación de la filiación materna hay que respetar el principio *mater semper certa est*.

Por otro lado, hemos conocido la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, que regula la inscripción en el Registro Civil de los niños nacidos por gestación subrogada. Para acceder a la mencionada inscripción, se pueden tomar tres vías diferentes, dependiendo de la resolución o documento judicial extranjero obtenido que corrobore la filiación. En caso de que la filiación se establezca en una resolución judicial extranjera, la inscripción se lleva a cabo mediante la presentación en el Registro Civil de la solicitud de inscripción del menor y el auto que reconoce la resolución judicial extranjera. Para obtener este auto, es necesario superar un procedimiento de *exequatur*.

En caso de que la filiación se establezca en un documento extranjero que haya seguido un procedimiento similar al de la jurisdicción voluntaria en España, para la inscripción, no es necesario el auto favorable de un procedimiento *exequatur*, sino que simplemente se precisa de un procedimiento de verificación del documento por el encargado del Registro Civil.

Sin embargo, en caso de no existir documento judicial extranjero, la legislación española faculta al padre intencional para interponer una acción de reclamación de paternidad, siempre y cuando, este haya transmitido material genético al menor. Si en este proceso judicial se le reconoce la filiación, podrá posteriormente inscribirla en el Registro Civil. En cambio, la filiación materna no se puede determinar por la interposición de una reclamación de maternidad, ya que esta se determina por el parto, atendiendo al principio *mater semper certa es*. Por tanto, la madre solo puede registrar la filiación materna del niño por adopción, después de concederse la paternidad al padre intencional.

Por otro lado, en referencia a la jurisprudencia sobre gestación subrogada, hemos examinado numerosas sentencias donde los demandantes solicitan el permiso de inscripción de sus hijos en el Registro Civil, por haberseles denegado este derecho a los niños, a causa de haber nacido por gestación subrogada. En concreto, hemos destacado los casos *Menesson y Labassee*, que llegaron a recurrir ante el TEDH para que se les permitiera la inscripción de sus hijos en el Registro Civil correspondiente. En estos casos, el TEDH les dio la razón y solicitó a Francia la inscripción de los menores, atendiendo al interés superior del menor, ya que eran hijos biológicos de la pareja y se había configurado un núcleo familiar entre ellos.

No obstante, el TEDH no dio la razón a los demandantes en el caso *Campanelli y Paradiso*, ya que en ningún momento se transmitió material genético al menor. Por tanto, podemos entender que el TEDH es favorable a la inscripción de los niños nacidos por gestación subrogada, cuando existe una convivencia familiar *de facto* y una transmisión de material genético al niño.

Por otro lado, la UE no se muestra favorable a la gestación subrogada, y “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, [...]”¹⁶⁷. Sin embargo, no puede exigir a los países un criterio determinado sobre regulación de gestación subrogada, ya que es muy difícil establecer un criterio uniforme entre los Estados miembros.

Asimismo, en el presente trabajo hemos visto que existe una disparidad normativa en materia de gestación subrogada en el mundo. Por ello, hemos analizado en detalle la legislación aplicable de diecisiete países en la materia que nos ocupa. Gracias a ello, hemos apreciado tres tipos de posiciones entre los diferentes países del mundo. En primer lugar, hemos encontrado países que prohíben totalmente y consideran nulo su contrato, como por ejemplo, España, Francia e Italia. En segundo lugar, hemos hallado países que la permiten pero con limitaciones, como es el caso de Portugal. En tercer lugar, hemos encontrado países que la permiten, incluso de forma onerosa, como es el caso de Rusia, Ucrania y algunos estados de Estados Unidos.

Por otro lado, parte de la doctrina y la sociedad considera que la gestación subrogada no quebranta el derecho a la dignidad de la mujer, puesto que la misma tiene derecho a decidir libremente sobre la disponibilidad de su cuerpo. Asimismo, considera que la prohibición del derecho a disponer del propio cuerpo, también supone una vulneración del derecho a la dignidad humana, ya que se ve mermado el derecho a la libertad humana.

Desde mi punto de vista, la gestación subrogada vulnera el derecho a la dignidad de la mujer gestante y del niño. Esta dignidad resulta mermada debido a

¹⁶⁷ Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de diciembre de 2015, sobre el Informe anual sobre los Derechos Humanos y la Democracia en el Mundo (2014) y la política de la Unión Europea al respecto (2015/2229 (INI)). Número 115.

la cosificación y mercantilización de ambos. En el primer supuesto, se comercializa con el cuerpo de la mujer, el cual es una *res extra commercium*, y por tanto, es indisponible para transacciones comerciales. En el segundo supuesto, se cosifica al niño, ya que en todo momento es el objeto del contrato, y por ello, ha de entregarse en las mejores condiciones posibles.

Asimismo, considero que en los países subdesarrollados la vulneración de los derechos de la mujer gestante y del niño es aún más notoria, debido a la explotación de las mismas, el tráfico de menores y la creación de “granjas de mujeres” destinadas exclusivamente a la fecundación y alumbramiento del niño.

Analizando el derecho español y el derecho comparado en materia de gestación por subrogación, España se encuentra entre los países más restrictivos en la materia que nos ocupa. Por ello, han surgido diferentes proyectos de ley para la modificación de la gestación subrogada hacia una legislación más laxa.

Por otro lado, he observado que en España existe desigualdad en la determinación de la filiación en la gestación subrogada entre el hombre y la mujer, ya que el art. 10.3 LTRHA solo faculta al padre intencional para interponer una reclamación de filiación, hecho que la madre intencional no puede solicitar.

De igual manera, considero que en ciertos países existe desigualdad en el acceso a esta técnica de reproducción asistida entre los diferentes modelos de familia, ya que por ejemplo, en Rusia, las parejas homosexuales no pueden acceder a esta técnica reproductiva. Además, creo que, en la mayoría de los casos, existe una posición de superioridad de los comitentes frente a la mujer gestante.

En definitiva, aunque una primera impresión puede hacernos pensar que la legislación española, que prohíbe la gestación subrogada, parece estancada en valores conservadores, tras este trabajo, considero que la interdicción de la misma puede fundamentarse también en los derechos del niño y en la dignidad de la mujer.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ, N. *¿Cómo funciona la gestación subrogada en Ucrania? Requisitos y precio*, en <https://www.babygest.es/ucrania/> (Fecha de consulta: 05/05/2019).
- ANZUREZ GURRÍA, J. J., “Reseña los derechos fundamentales”, en PEREZ LUÑO, A. E. (Dir.), *Los derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 2004, pp. 1014.
- APARISI MIRALLES, A. “Maternidad Subrogada y dignidad de la mujer”, en *Cuadernos de Bioética*, vol. XXVIII, núm. 3, 2017, pp. 172.
- BERNAL PULIDO, C. “Derechos Fundamentales”, en *Enciclopedia de Filosofía y teoría del derecho*, vol. 2, 2015, pp.1573. CALLAGHAN, S. y NEWSON, A. “Surrogacy, motherhood and Baby Gammy”, en *Bio News*, núm. 766, 2014, pp. 1.
- CASCIANO, A. “La subrogación en la maternidad. Fenomenología de una interacción humana despersonalizadora”, en *Cuadernos de Bioética*, núm. 95, 2018, pp. 42.
- CASCIANO, A. “La subrogación en la maternidad. Fenomenología de una interacción humana despersonalizadora”, en *Cuadernos de Bioética*, núm. 95, 2018, pp. 43.
- CASCIANO, A. “La subrogación en la maternidad. Fenomenología de una interacción humana despersonalizadora”, en *Cuadernos de Bioética*, núm. 95, 2018, pp. 46.
- CASELLA, C. CAPASSO, E. TERRACCIANO, L. DELBON, P. FEDELI, P. SALZANO, F. A. POLICINO, F. y NIOLA, M. *Ethical and legal issues in gestational surrogacy*, Gruyter, Barcelona, 2018, pp. 121.
- DE LORA DELTORO, P. “Gestar para otros: una ecografía de las falacias”, en *Revista Dilemata*, núm. 28, 2018, pp. 83.
- DURÁN AYAGO, A. “Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Mennesson c. France (núm. 65192/11) y caso Labassee c. France (núm. 65941/11), de 26 de junio de 2014”, en *Ars Iuris Salmanticensis*, núm. 2, 2014, pp. 280.
- DURÁN AYAGO, A. “Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Mennesson c. France (núm. 65192/11) y caso Labassee c. France (núm. 65941/11), de 26 de junio de 2014”, en *Ars Iuris Salmanticensis*, núm. 2, 2014, pp. 280-282.
- ESCOBAR ROCA, G. “El estatuto Constitucional del cuerpo humano, entre libertad y dignidad”, en GARCÍA MANRIQUE, R. (Coord.), *El cuerpo diseminado: Estatuto, uso y disposición de los biomateriales humanos*, Aranzadi, 1ª ed., Pamplona, 2018, pp. 54.
- ESCRIBANO TORTAJADA, P. “Algunas cuestiones que plantea la reproducción asistida post mortem en la actualidad”, en *Anuario de Derecho Civil*, núm. 4, 2016, pp. 1.262.
- FARNÓS AMORÓS, E. “Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California”, en *Revista InDret*, núm. 1, 2010, pp. 10-11.
- GARCÍA MANRIQUE, R. “Sobre la propiedad privada de los biomateriales humanos”, GARCÍA MANRIQUE, R. (Coord.), *El cuerpo diseminado*:

- Estatuto, uso y disposición de los biomateriales humanos*, Aranzadi, 1ª ed., Pamplona, 2018, pp. 126.
- GONZÁLEZ CARRASCO, M. C. “Gestación por sustitución: ¿Regular o prohibir?”, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 22, 2017, pp. 129.
- GONZÁLEZ GERPE, D. “Gestación subrogada: aspectos psicosociales”, en *Revista Dilemata*, núm. 28, 2018, pp. 22.
- HEREDIA CERVANTES, I. *La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución*, ADC, Madrid, 2013, pp. 695-701.
- IGAREDA GONZÁLEZ, N. “La gestación por sustitución: una oportunidad para repensar la filiación y la reproducción humana”, en *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 44, 2018, pp. 62.
- IGAREDA GONZÁLEZ, N. “La inmutabilidad del principio “mater sempre certa est” y los debates actuales sobre la gestación por sustitución en España” en *Universitas*, núm. 21, 2015, pp. 4.
- IGAREDA GONZÁLEZ, N. “La inmutabilidad del principio “mater sempre certa est” y los debates actuales sobre la gestación por sustitución en España” en *Universitas*, núm. 21, 2015, pp. 7.
- IGAREDA GONZÁLEZ, N. “La inmutabilidad del principio “mater sempre certa est” y los debates actuales sobre la gestación por sustitución en España” en *Universitas*, núm. 21, 2015, pp. 12.
- IGAREDA GONZÁLEZ, N. “La inmutabilidad del principio “mater sempre certa est” y los debates actuales sobre la gestación por sustitución en España” en *Universitas*, núm. 21, 2015, pp. 17.
- JAMES, S. CHILVERS, R. HAVEMANN, D. y PHELPS, J. “Avoiding legal pitfalls in surrogacy arrangements”, en *Elsevier*, núm.21, 863-865.
- JIMÉNEZ MÚÑOZ, F. J. “Una aproximación a la posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la Gestación Subrogada”, en *R.E.D.S.*, núm. 12, 2018, pp. 47.
- JIMÉNEZ MÚÑOZ, F. J. “Una aproximación a la posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la Gestación Subrogada”, en *R.E.D.S.*, núm. 12, 2018, pp. 49.
- JOUE DE LA BARREDA, N. “Perspectivas biomédicas de la maternidad subrogada”, en *Cuadernos de Bioética*, núm. 28, 2017, pp. 160-161.
- KHAZOVA, O. *International surrogacy arrangements. Legal Regulation at the International Level* Hart Publishing, 1ª ed., Inglaterra, 2013, pp. 314-319.
- KIRBY, J. “Transnational Gestational Surrogacy: Does It Have to Be Exploitative?” en *The American Journal of Bioethics*, vol. 14, núm.5, pp. 28.
- KIRBY, J. “Transnational Gestational Surrogacy: Does It Have to Be Exploitative en *The American Journal of Bioethics*, vol. 14, núm.5, pp. 29.
- LAMM, E. *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada, ni alquiler de vientres*, Universitat de Barcelona Edicions, 1ª edición, Barcelona, 2013, pp. 84-85.
- LAMM, E. *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada, ni alquiler de vientres*, Universitat de Barcelona Edicions, 1ª edición, Barcelona, 2013, pp. 79.

- LAMM, E. *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada, ni alquiler de vientres*, Universitat de Barcelona Edicions, 1ª edición, Barcelona, 2013, pp. 121-122.
- LAMM, E. *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada, ni alquiler de vientres*, Universitat de Barcelona Edicions, 1ª edición, Barcelona, 2013, pp. 176-178.
- LAMM, E. “Gestación por sustitución: realidad y derecho”, en *Revista InDret*, núm. 28, 2018, pp. 14.
- LAMM, E. “Gestación por sustitución: realidad y derecho”, en *Revista InDret*, núm. 28, 2018, pp. 28.
- LAMM, E. “Una vez más sobre gestación por sustitución, porque sin marco legal se siguen sumando violaciones a los derechos humanos”, en *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 4, 2016, pp. 68-69.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. *El Tribunal Europeo de Derecho Humanos, sobre Maternidad Subrogada*, en https://www.bioeticaweb.com/wp-content/uploads/2017/04/Maternidad_subrogada.pdf (Fecha de consulta: 02/05/19).
- MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J. M. “*La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el derecho español*”, Dykinson, Madrid, 1995, pp.34.
- MERINO NOVERTO, M. “Sinopsis artículo 10”, Título I. De los derechos y deberes fundamentales”, en <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=10&tipo=2> (Fecha de consulta: 08/05/2019).
- MOHAPATRA, S. “States of confusion: regulation of surrogacy in United States”, en *New Cannibal Markets*, vol. 14, núm.11, 2017, pp. 84-85.
- MONTERO, E. “Surrogate Motherhood and summa divisio iuris between persons and things”, en *Persona y Derecho*, núm.72, 2015, pp. 228.
- MONTERONI, J. “Paradiso, Campanelli y un contrato internacional de maternidad subrogada ante el Tribunal de Derechos Humanos”, en *Prudentia Iuris*, núm. 80, 2015, pp. 274.
- ORTEGA LOZANO, R. ÁLVAREZ DÍAZ, J. A. HERREROS RUIZ, B. y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. A. “Gestación subrogada: aspectos éticos”, en *Revista Dilemata*, núm. 28, 2018, pp. 65.
- ORTEGA LOZANO, R. ÁLVAREZ DÍAZ, J. A. HERREROS RUIZ, B. y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. A. “Gestación subrogada: aspectos éticos”, en *Revista Dilemata*, núm. 28, 2018, pp. 67.
- ORTEGA LOZANO, R. ÁLVAREZ DÍAZ, J. A. HERREROS RUIZ, B. y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. A. “Gestación subrogada: aspectos éticos”, en *Revista Dilemata*, núm. 28, 2018, pp. 68-69.
- ORTEGA LOZANO, R. ÁLVAREZ DÍAZ, J. A. HERREROS RUIZ, B. y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. A. “Gestación subrogada: aspectos éticos”, en *Revista Dilemata*, núm. 28, 2018, pp. 69.
- PASCUAL MEDRANO, A. “La interminable configuración del derecho fundamental a la integridad física”, en *Revista española de Derecho Constitucional*, núm. 114, 2018, pp. 49-69.
- PUIGPELAT MARTÍ, F. “Feminismo y las técnicas de reproducción asistida” en *Revista Aldaba*, núm. 32, 2004, pp.76.

- REGALADO TORRES, M. D. “Efectos, consecuencias y regulación de la maternidad subrogada”, en *Revista FEMERIS*, vol. 2, núm. 2, 2017, pp. 20.
- REGALADO TORRES, M. D. “Efectos, consecuencias y regulación de la maternidad subrogada”, en *Revista FEMERIS*, vol. 2, núm. 2, 2017, pp. 28.
- REGALADO TORRES, M. D. “Efectos, consecuencias y regulación de la maternidad subrogada”, en *Revista FEMERIS*, vol. 2, núm. 2, 2017, pp. 30.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO, M. y CASAS BAAMONDE, M. E. (Dir.), *Comentarios a la Constitución Española*, Wolters Kluwer, tomo II, España, 2018, pp.298-334.
- ROMERO COLOMA, A. M. “La maternidad subrogada a la luz del Derecho Español”, Dilex, Madrid, 2016, pp.16.
- ROMERO COLOMA, A. M. “La maternidad subrogada a la luz del Derecho Español”, Dilex, Madrid, 2016, pp.71.
- SCHWARTZ, G. H. “Parentage litigation reference guide”, en <https://www.courts.ca.gov/documents/ab1058-2018-Parentage-handout.pdf> (Fecha de consulta: 02/05/2019).
- SCOTT SILLS, E. *Handbook of gestational surrogacy: international clinical practice and policy issues*, Cambridge University Press, 1ª edición, Reino Unido, 2016, pp. 246.
- SOUTO PAZ, J. A. “El informe Palacios y la Ley de Reproducción Asistida”, en DÍAZ MARTÍNEZ, A. (Coord.), *Régimen jurídico-privado de la reproducción asistida en España: el proceso legal de reformas*, Dykinson, 2006, pp. 187-191.
- VALDÉS DÍAZ, C. C. “La maternidad subrogada y los derechos de los menores nacidos mediante el uso de esas técnicas”, en *Anuario de la Facultad de Derecho*, núm. 31, 2014, pp. 480.
- VILAR GONZÁLEZ, S. *La gestación subrogada en España y en el derecho comparado*, Wolters Kluwer, 1ª ed., Madrid, 2018, pp. 59-61.
- VILAR GONZÁLEZ, S. *La gestación subrogada en España y en el derecho comparado*, Wolters Kluwer, 1ª ed., Madrid, 2018, pp. 86.
- VILAR GONZÁLEZ, S. *La gestación subrogada en España y en el derecho comparado*, Wolters Kluwer, 1ª ed., Madrid, 2018, pp.181-192.
- VILAR GONZÁLEZ, S. *La gestación subrogada en España y en el derecho comparado*, Wolters Kluwer, 1ª ed., Madrid, 2018, pp. 192-202.
- VILAR GONZÁLEZ, S. *La gestación subrogada en España y en el derecho comparado*, Wolters Kluwer, 1ª ed., Madrid, 2018, pp. 192-220.
- VILAR GONZÁLEZ, S. *La gestación subrogada en España y en el derecho comparado*, Wolters Kluwer, 1ª ed., Madrid, 2018, pp. 221-230.
- VILAR GONZÁLEZ, S. *La gestación subrogada en España y en el derecho comparado*, Wolters Kluwer, 1ª ed., Madrid, 2018, pp. 230-236.
- ZULLO, S. “El gobierno del cuerpo entre orden público e interés privado: una relectura crítica a partir de la noción de propiedad”, GARCÍA MANRIQUE, R. (Coord.), *El cuerpo diseminado: Estatuto, uso y disposición de los biomateriales humanos*, Aranzadi, 1ª ed., Pamplona, 2018, pp. 100-104.

ANEXOS

1. Documentación

ASOCIACIÓN DE PADRES POR LA GESTACIÓN SUBROGADA, “La clínica Biotex acusada formalmente de tráfico de personas, falsedad documental y fraude fiscal por el Fiscal General del Estado en Ucrania”, en <https://padresporgestacion.org/2018/07/26/clinica-de-gestacion-subrogada-acusada-formalmente/> (Fecha de consulta: 01/05/2019).

CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, “Boletín Oficial del Congreso de los Diputados, de 5 de mayo de 2016 (núm. 67, pp. 126)”, en http://www.congreso.es/public_oficiales/L11/CONG/BOCG/D/BOCG-11-D-67.PDF (Fecha de consulta: 01/05/2019)

DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO “Instrucción, de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2010-15317> (Fecha de consulta: 28/04/2019).

EL PAÍS, “Exteriores pone bajo sospecha los casos de gestación subrogada en Ucrania”, en https://elpais.com/politica/2018/08/29/actualidad/1535561970_843437.html (Fecha de consulta: 01/05/2019).

LOK SABHA (PARLAMENTO INDIO), “The surrogacy (regulation) Bill 2018”, en http://164.100.47.4/billstexts/LSBillTexts/PassedLokSabha/257-C%20_2016_Eng..pdf (Fecha de consulta: 28/04/2019).

LÓPEZ LÓPEZ, M. T. “Informe del comité de bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada”, en http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.pdf (Fecha de consulta: 01/05/2019).

MINISTERIO DE SANIDAD, CONSUMO Y BIENESTAR SOCIAL, “La Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida”, en <http://www.cnrha.mscbs.gob.es/> (Fecha de consulta 01/05/2019).

REPRODUCCIÓN-ASISTIDA. MX, “Gestación subrogada en Estados Unidos”, en <https://reproduccion-asistida.mx/gestacion-subrogada/eeuu/> (Fecha de consulta: 05/05/2019).

SOCIEDAD ESPAÑOLA DE FERTILIDAD, Propuesta de Bases Generales para la Regulación en España de la gestación por sustitución (pp. 1-5), en <https://www.sefertilidad.net/docs/grupos/etica/propuestaBases.pdf> (Fecha de consulta 01/05/2019).

2. Legislación

2.1. España

Constitución Española de 1978

Instrucción, de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución

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

Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil

Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil

Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida

Ley 45/2003, de 21 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil

2.2. Derecho comparado

Acta sudafricana, número 38, de 2005, de los Niños (Children's Act, 2005 núm. 38)

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000

Código Civil alemán (reformado en 30 de octubre de 2017)

Código Civil francés (versión consolidada de 18 de febrero de 2015)

Código Civil italiano (aprobado por el Real Decreto, de 16 de marzo de 1942, número 262)

Código de Familia californiano (*Uniform Parentage Act*) de 1973

Código de Familia ruso de 1995

Código de Familia de Ucrania de 2004

Código Penal francés de 1994

Constitución Federal de la Confederación Suiza, de 18 de abril de 1999

Convenio Europeo de Derechos Humanos de 2010

Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina del Consejo de Europa de 1997

Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer de 1979

Convención sobre los Derechos del Niño de 1989

Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948

Ley alemana 745/90, de 13 de diciembre de 1990, de Protección del Embrión
Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 1949
Ley griega 3305/2005, sobre Reproducción Médica Asistida
Ley israelí 5756, de 1996, sobre acuerdos de gestación por sustitución
Ley italiana núm. 40, de 19 de febrero de 2004, sobre normas en materia de
Procreación Médica Asistida
Ley portuguesa 25/2016, de 22 de agosto, sobre regulación o acceso a la gestación
por sustitución
Ley rusa Federal sobre los Fundamentos de la Protección de la Salud de los
Ciudadanos del año 2011
Ley suiza federal sobre procreación médica asistida de 1998 (reformada en 2006)
Ley vietnamita de Matrimonio y Familia de 2014 (núm. 52/2014/QH13)
Resolución 44/25, de 20 de noviembre, de 1989 adoptada por la Asamblea
General de la Convención sobre los Derechos del Niño
Surrogacy (Regulation) Bill de 2016
Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea de 2010
Tratado de la Unión Europea de 1992

3. Jurisprudencia

3.1. Jurisprudencia española

Sentencia, de 6 de febrero de 2014, de la Sala de lo Civil del TS (núm. 835/2013)
Sentencia, de 13 de marzo de 2017, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo
del TSJ de Madrid (núm. 209/2017)
Sentencia, de 15 de septiembre de 2010, del Juzgado de Primera Instancia, núm.
15, de Valencia
Sentencia, de 23 de noviembre de 2011, de la Audiencia Provincial de Valencia
(núm. 826/2011)
STC 36/1991, FJ 5, de 14 de febrero
STC 53/1985, FJ 3, de 11 de abril
STC 120/1990, FJ 4, de 27 de junio

3.2. Jurisprudencia europea

STEDH, de 21 de julio de 2016, núm. 9063/14, Foulon vs. Francia
STEDH, de 21 de julio de 2016, núm. 1041/14, Bouvet vs. Francia
STEDH, de 26 de junio de 2014, núm. 65192/11, Mennesson vs. Francia
STEDH, de 26 de junio de 2014, núm. 65941/11, Labassee vs. Francia
STEDH, de 27 de enero de 2015, núm. 25358/12, Paradiso y Campanelli vs. Italia

4. Cuadro 1: Propuestas de reforma y proposiciones de ley presentadas en España sobre gestación subrogada

Propuesta	Agrupación que la presentó	Principales medidas contempladas
<p>Proposición no de ley, de 20 de octubre de 2015</p>	<p>Presentada por el grupo político “Unión Progreso y Democracia” en el Congreso de los Diputados¹⁶⁸</p>	<ul style="list-style-type: none"> – Declarar irreversible el contrato de gestación subrogada. Por tanto, la mujer gestante no podrá quedarse con el niño, y los comitentes, no podrán renunciar al recibimiento del mismo en el último momento – Únicamente podrán optar a ella mujeres con problemas de fertilidad – Establecer la gestación subrogada como una técnica de reproducción asistida excepcional, a la cual solo se tendrá acceso tras haberse extinguido todas las demás técnicas de reproducción asistida permitidas – Fijar una compensación económica para la gestante, en función de los gastos propios del embarazo y del lucro cesante que le haya podido repercutir, y no en función de aspectos comerciales – Crear un acuerdo común y una legislación propia comunitaria en relación a la gestación por sustitución – Formar un Registro Nacional de gestados por esta técnica, con el fin de tener un control y prevenir el tráfico de menores, al mismo tiempo que la explotación de las mujeres gestantes¹⁶⁹

¹⁶⁸ Finalmente, esta proposición no fue admitida por la mayoría de la Cámara baja, ya que obtuvo 36 votos en contra, 4 abstenciones y 1 voto a favor.

¹⁶⁹ Todas estas medidas se encuentran recogidas en el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, en concreto, en el expediente número 161/003436. Estas fueron presentadas por el grupo político Unión Progreso y Democracia en la sesión 55 del Congreso.

<p>Propuesta de Bases Generales de 2016, para la regulación de la gestación subrogada</p>	<p>Presentada por la Sociedad Española de Fertilidad¹⁷⁰</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Carácter excepcional de esta práctica - Exigencia de una edad y salud mínima - Necesidad de autorización judicial previa que garantice la no vulneración de derechos del niño y de la dignidad de la mujer - Exigencia de formalizar un contrato en el que no haya una compensación económica de base comercial¹⁷¹
<p>Proposición de ley, de 8 de septiembre de 2017¹⁷²</p>	<p>Presentada por el grupo político “Ciudadanos” en el Congreso de los Diputados¹⁷³</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Se hayan agotado las otras vías de reproducción asistida - La mujer gestante y los padres intencionales no tengan ningún vínculo de consanguinidad - Se realice altruistamente - El contrato se constituya ante notario¹⁷⁴
<p>Proposición de ley, de 16 de mayo de 2017</p>	<p>Presentada por el Comité de Bioética de España¹⁷⁵ en el Congreso de los Diputados</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Orientar la nulidad de la gestación subrogada a todos los contratos realizados, incluyendo los celebrados en el extranjero, y valorando la posibilidad de imponer sanciones a las empresas del sector - Apoyar la prohibición de la gestación subrogada de forma universal, para erradicar la explotación de las mujeres gestantes - Proteger a los niños que se encuentren en un proceso de gestación subrogada¹⁷⁶

Cuadro 1. Cuadro sobre propuestas de reforma y proposiciones de ley presentadas en España sobre gestación subrogada. Fuente: elaboración propia.

¹⁷⁰ La Sociedad Española de Fertilidad elabora las estadísticas sobre las técnicas de reproducción asistida que se llevan a cabo a nivel español, y además, da cuenta de ello al Ministerio de Sanidad.

¹⁷¹ SOCIEDAD ESPAÑOLA DE FERTILIDAD, Propuesta de Bases Generales para la Regulación en España de la gestación por sustitución (pp. 1-5), en <https://www.sefertilidad.net/docs/grupos/etica/propuestaBases.pdf> (Fecha de consulta 01/05/2019).

¹⁷² Anteriormente, en 2016, el grupo parlamentario Ciudadanos, ya había presentado una proposición de ley sobre gestación subrogada, en la Asamblea de la Comunidad de Madrid.



¹⁷³ Finalmente, esta propuesta no llegó a consolidarse por la falta de apoyo parlamentario en el Congreso de los Diputados.

¹⁷⁴ Todas estas medidas se consagran en la “Proposición de Ley, de 8 de septiembre de 2017, reguladora del derecho a la gestación por subrogación”, número 122/000117.

¹⁷⁵ El Comité de Bioética de España es un órgano consultivo, dependiente del Ministerio de Sanidad, que tiene el objetivo de asesorar sobre asuntos relacionados con la sociedad y la ética.

¹⁷⁶ LÓPEZ LÓPEZ, M. T. “Informe del comité de bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada”, en http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.pdf (Fecha de consulta: 01/05/2019).

5. Cuadro 2: Modelos de familia permitidos para optar a la gestación subrogada en los diferentes países donde esta práctica es legal

 Prohibido  Permitido	Pareja homosexual masculina	Pareja homosexual femenina	Pareja hetero-sexual	Mujer individual	Hombre individual
Estados Unidos	Permitido	Permitido	Permitido	Permitido	Permitido
Ucrania	Prohibido	Prohibido	Permitido	Prohibido	Prohibido
India	Prohibido	Prohibido	Permitido	Prohibido	Prohibido
Rusia	Prohibido	Prohibido	Permitido	Permitido	Prohibido
Canadá	Prohibido	Prohibido	Permitido	Permitido	Permitido
Grecia	Prohibido	Prohibido	Permitido	Permitido	Prohibido
Portugal	Prohibido	Permitido	Permitido	Prohibido	Prohibido
Vietnam	Prohibido	Prohibido	Permitido	Prohibido	Prohibido
Israel	Prohibido	Prohibido	Permitido	Prohibido	Prohibido
Sudáfrica	Permitido	Permitido	Permitido	Permitido	Permitido
Reino Unido	Permitido	Permitido	Permitido	Prohibido	Prohibido
Georgia	Prohibido	Prohibido	Permitido	Prohibido	Prohibido
Brasil	Permitido	Permitido	Permitido	Permitido	Prohibido
Australia	Permitido	Permitido	Permitido	Permitido	Permitido
Tailandia	Prohibido	Prohibido	Permitido	Prohibido	Prohibido
Japón	Prohibido	Prohibido	Permitido	Prohibido	Prohibido
Arabia Saudita	Prohibido	Prohibido	Permitido	Prohibido	Prohibido

Cuadro 2. Cuadro sobre los modelos de familia permitidos para optar a la gestación subrogada en los diferentes países donde esta práctica es legal. Fuente: elaboración propia.

6. Cuadro 3: Legislación aplicable sobre gestación subrogada en países que la prohíben

País	Legislación aplicable	Sanciones aplicables	Inscripción filiación Registro Civil
España	<p>El artículo 10.1 LTRHA, prohíbe la gestación subrogada.</p> <p>El artículo 10.2 LTRHA, establece que la filiación materna se determinará por el parto</p>	<p>La sanción será la nulidad del contrato. El artículo 10.1 LTRHA indica que: “será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero”</p>	<p>Esta práctica está prohibida en España. Sin embargo, se permite en ciertos casos la inscripción en el Registro Civil español de los niños nacidos en el extranjero por gestación subrogada, atendiendo al interés superior del menor</p>
Alemania	<p>El artículo 1 de la Ley 745/90, de 13 de Diciembre de 1990, de protección del embrión¹⁷⁷, prohíbe la gestación subrogada</p> <p>El artículo 1591 del Código Civil alemán, establece que la filiación materna se determinará por el parto</p>	<p>El artículo 1 de la Ley 745/90, de 13 de diciembre de 1990, de protección del embrión, establece que: “Será sancionado con una pena privativa de libertad de hasta tres años o de una multa quien: [...] 3) Fecunde artificialmente o transfiera un embrión a una mujer dispuesta a entregar el niño a terceros luego de su nacimiento”</p>	<p>La jurisprudencia alemana sigue la misma dirección que la española, y reconoce la inscripción de la filiación del niño en favor de los comitentes, atendiendo a criterios de protección del menor y siempre que haya habido transmisión de material genético</p>

¹⁷⁷ Gesetz 745/90 Embryonenschutzgesetz von 1990.

<p>Francia</p>	<p>El artículo 16-7 del Código Civil francés, prohíbe la gestación subrogada</p>	<p>La sanción será la nulidad del contrato, tal y como establece el artículo 16-7 del Código Civil francés: “Todo convenio relativo a la procreación o la gestación por cuenta de otro será nulo”</p> <p>El artículo 227-12 del Código penal francés sanciona con seis meses de prisión y multa de 15.000 euros los que intermedien entre “una persona o una pareja deseosa de acoger un niño y una mujer que acepte llevar a término su gestación con el fin de entregárselo”</p>	<p>La jurisprudencia francesa siempre había seguido la misma línea, la de prohibir la inscripción en su Registro Civil a los niños nacidos en el extranjero por esta práctica. Tras las Sentencias del TEDH contra Francia, en concreto, los casos Menesson y Labasse, esta tendencia ha cambiado</p>
<p>Italia</p>	<p>El artículo 12.6 de la Ley núm. 40, de 19 de febrero de 2004, sobre normas en materia de Procreación Médica Asistida¹⁷⁸, prohíbe la gestación subrogada</p> <p>El artículo 269 del Código Civil italiano determina que la filiación materna se configura por el parto</p>	<p>El artículo 12.6 de la Ley italiana núm. 40, de 19 de febrero de 2004, sobre normas en materia de Procreación Médica Asistida, establece a aquellos que intermedien, produzcan o publiciten esta práctica, una pena de tres meses a los años de cárcel</p>	<p>Pese a estar prohibida esta práctica, la jurisprudencia está cada vez más a favor de la inscripción en el Registro italiano de estos niños, atendiendo al interés superior del menor</p>

¹⁷⁸ Legge num. 40 su norme in materia di procreazione medicalmente assistita.

Suiza	<p>El apartado d) del artículo 119.2 de la Constitución suiza, expone que: “se prohíbe [...], así como todas las formas de maternidad de sustitución”</p> <p>El artículo 4 de la Ley federal, sobre Reproducción Médica Asistida de 1998¹⁷⁹, expone que “[...] la maternidad subrogada, están prohibidas”</p>	<p>El artículo 31 de la Ley federal suiza, sobre Reproducción Médica Asistida de 1998, establece pena de prisión de tres años o multa, a aquellos que produzcan o intermedien en un proceso de gestación subrogada</p>	<p>La jurisprudencia suiza permite la inscripción en el Registro Civil de los menores nacidos por esta práctica. Sin embargo, uno de los criterios que exigen para ello es que el menor haya convivido anteriormente en el entorno familiar y se le haya transmitido material genético</p>
--------------	--	--	--

Cuadro 3. Cuadro de la legislación sobre gestación subrogada en países que la prohíben. Fuente: elaboración propia.

¹⁷⁹ *Loi fédérale sur la procréation médicalement assistée du 18 décembre 1998.*

7. Cuadro 4: Legislación sobre gestación subrogada de países que la permiten, pero de forma limitada

País	Legislación aplicable	Limitaciones concretas
Grecia	El artículo 8 de la Ley griega 3089/2002; y la ley 3305/2005, sobre Reproducción Médica Asistida, permiten la gestación subrogada, pero con limitaciones	Requisitos para optar a la gestación subrogada: <ul style="list-style-type: none"> - Ser una pareja heterosexual o una mujer soltera - Concurra incapacidad para gestar por parte de la madre comitente - No tener más de cincuenta años - Los óvulos no sean aportados por la gestante - Obtención de sentencia judicial griega previa a la inseminación o la implantación del embrión en la mujer gestante¹⁸⁰
Portugal	Ley 25/2016, de 22 de agosto, regula el acceso a la gestación por sustitución. El Tribunal Constitucional portugués ha considerado que esta ley vulnera ciertos derechos constitucionales. Entre ellos, el derecho a la identidad personal. Por ese mismo motivo, se ha censurado la disposición que establecía el anonimato futuro de la gestante y de los donantes	Requisitos para optar a la gestación subrogada: <ul style="list-style-type: none"> - Ser una pareja heterosexual o pareja homosexual femenina - Transmisión de material genético por parte del padre intencional - Concurra incapacidad para gestar por parte de la madre comitente - Autorización del CNPMA (<i>Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida</i>) previa al inicio de la fecundación - No se permitirá la celebración de contratos de gestación subrogada en los que exista una relación de subordinación económica entre la gestante y los comitentes - Los óvulos no podrán ser aportados por la gestante, y esta, podrá vivir fuera del territorio portugués¹⁸¹

¹⁸⁰ LAMM, E. “Gestación por sustitución: realidad y derecho”, op. cit., pp. 14.

¹⁸¹ Artículo 8 de la *Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, Regula o acesso à gestação de substituição, procedendo à terceira alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de julho (procriação medicamente assistida)*”.

Sudáfrica	El capítulo 19 (artículos 292 a 303), del acta sudafricana, número 38, de 2005, de los Niños (Children's Act, 2005ú. 38), establece la regulación de la gestación subrogada en Sudáfrica	Requisitos para optar a la gestación subrogada: - Ser una persona individual o una pareja, independientemente del sexo o la orientación sexual. - Transmisión de material genético por parte de uno de los comitentes. - Los comitentes y la gestante tengan su residencia habitual en Sudáfrica. - Se permite la aportación por parte de la gestante de sus propios óvulos ¹⁸²
Israel	La Ley 5756, sobre acuerdos de gestación por sustitución, permite la gestación subrogada de forma limitada.	Requisitos para optar a la gestación subrogada: - Ser una pareja heterosexual. - Concurra incapacidad para gestar por parte de la madre comitente. - Residentes en Israel. - Transmisión de material genético al niño por parte del padre comitente. - La mujer gestante no tenga más de 38 años, sea soltera o divorciada, y no haya aportado material genético al embrión ¹⁸³
Vietnam	El artículo 22 de la Ley de Matrimonio y Familia (núm. 52/2014/QH13), permite la gestación subrogada con limitaciones. En concreto, la gestante, nombrada por la citada ley como mujer embarazada con fines humanitarios, ha de ser familiar de los comitentes	Requisitos para optar a la gestación subrogada: - Ser una pareja casada heterosexual y sin hijos en común - Transmisión de material genético al niño por parte del padre comitente - La madre intencional carezca de útero o posea enfermedades que no sean recomendables para un embarazo propio - Relación familiar de la gestante con los comitentes ¹⁸⁴

Cuadro 4. Cuadro de la legislación sobre gestación subrogada de países que la permiten pero de forma limitada. Fuente: elaboración propia.

¹⁸² Capítulo 19 (Artículos 292 a 303), del acta sudafricana, número 38, de 2005, de los Niños (Children's Act, 2005 núm. 38).

¹⁸³ VILAR GONZÁLEZ, S. op. cit., pp. 192-202.

¹⁸⁴ Ley de Matrimonio y Familia (núm. 52/2014/QH13).