
This is the **published version** of the bachelor thesis:

Cortijos Fernández, Laura; Garibaldi, Daniel Fernando, dir. Las contradicciones del prohibicionismo en subrogación de vientres en el mundo globalizado respecto a los derechos de la mujer y del niño. 2023. (Grau en Dret)

This version is available at <https://ddd.uab.cat/record/287206>

under the terms of the  license



Facultad de Derecho

Grado en Derecho

Título: Las contradicciones del prohibicionismo en subrogación de vientres en el mundo globalizado respecto a los derechos de la mujer y del niño.

Autora: Laura Cortijos Fernandez

Curso: 2022-2023

Tutor: Daniel Garibaldi

Índice

-	Introducción.....	4
1.	Distintas miradas sobre la maternidad subrogada y subrogación de vientres...	5
2.	Marco normativo español en materia de subrogación de vientres.....	11
3.	Gestación subrogada en derecho comparado.....	24
3.1	Nulidad de los contratos de maternidad subrogada.....	24
3.2	Maternidad Subrogada “Altruista”.....	25
3.3	Maternidad Subrogada Comercial.....	28
4.	Conclusiones.....	31
-	Bibliografía.....	34

Resumen

La legislación española se caracteriza por brindar garantías a los extremos vulnerables. A pesar de ello, encontramos asuntos que se encuentran instaurados en la sociedad y que están legislados prohibitivamente.

Tal es el caso de la subrogación de vientres, donde la prohibición española genera un éxodo a otros países donde nacen el 3% de nuestros ciudadanos por medio de este método.

Ante este escenario, nuestra normativa favorece la inexistencia del control de las garantías tanto de las mujeres gestantes, como de los niño/as concebidos.

De tal forma, nos preguntamos si es la prohibición la que garantiza velar por esos derechos, o por el contrario, se alcanzan por medio de una regulación normativa en España que vele por las garantías necesarias.

Abstract

Spanish legislation is characterized by providing guarantees to vulnerable extremes. Despite this, we find matters that are established in society and that are prohibitively legislated.

We find cases where there are subjects that are forbidden by law, the problems occurs when the subject in question is already established in society. Such is the case of surrogacy where the Spanish prohibition generates an exodus where 3% of our citizens are born.

- Introducción

La Gestación por sustitución es un acuerdo de voluntades, donde una mujer acepta portar en su vientre a un niño a petición de una persona o una pareja, con la finalidad de entregar al recién nacido a los padres comitentes, renunciando a su filiación.

Existen distintas modalidades biológicas para esta práctica, pues el óvulo y el semen pueden ser de los padres comitentes (futuros padres legales) o sólo el semen puede ser del padre comitente, el óvulo puede ser de la madre gestante, o incluso óvulo y semen pueden provenir de donantes anónimos que nada tendrán que ver con esta relación.

De tal forma, existen los contratos de gestación subrogada con remuneración económica “comercial” o de forma altruista. Esta práctica tiene distintos nombres, pues dependiendo de las palabras que se utilicen, tiene diferentes connotaciones; gestación por sustitución, vientre de alquiler, gestación subrogada o maternidad subrogada.

Por lo tanto, nos referimos a la práctica de “gestación subrogada” cuando la carga genética pertenece totalmente a los padres comitentes, pues la mujer sólo se presta a llevar a cabo la gestación. En cambio, “Maternidad Subrogada” se dice de aquella en la que la mujer gestante también presta su carga genética (su óvulo) a ese embrión, de ahí la palabra “maternidad”.

Esta técnica de reproducción asistida está vedada en España, por el artículo 221 del Código Penal. En consecuencia, la totalidad su regulación en la materia se encuentra expresamente prohibida. En contrapartida, observamos que el 3% de los niños inscritos en España, fueron gestados por subrogación de vientres en otros países. Sin que, desde España, podamos tener certeza en torno a las garantías del bienestar que se les deben garantizar a esos niños y a las mujeres subrogantes.

Así analizaremos si la legislación española brinda un abordaje adecuado a esta realidad social que ya se encuentra instaurada, o si existe la necesidad de un replanteo normativo para alcanzar el verdadero resguardo de la dignidad humana.

1- Distintas miradas sobre la maternidad subrogada y subrogación de vientres

La gestación subrogada, también llamada maternidad por sustitución, “se da cuando una mujer se presta a gestar un niño, con el fin de entregarlo después del nacimiento a la persona o personas que se lo han encargado y que van a asumir su paternidad / maternidad”¹. Para llevarla a cabo es necesario utilizar una técnica de reproducción humana asistida desde inseminación artificial o con un ovocito aportado por la mujer que va a gestar o implantando un embrión, que puede proceder (o no) de los padres postnatales del bebé. Siempre implica la existencia de un acuerdo previo entre la persona que gesta y quienes asumirán la maternidad y/o paternidad².

Existen argumentos contrapuestos respecto al tema, quienes están a favor de la maternidad subrogada, la presentan como una forma de ayudar a las parejas que no pueden tener hijos, dándoles la oportunidad de ser padres o madres. En ese sentido, argumentan que un contrato, realizado con una «madre de alquiler», se celebra entre adultos autónomos y responsables, que poseen libertad de elección y de ejercer el derecho a la autonomía de su voluntad. En tanto que cada cual es libre de hacer con su cuerpo y su vida lo que prefiera³.

Se presenta un nuevo paradigma, según el cual, no parece haber problema alguno en comprar todo lo que se encuentre en venta si media acuerdo, es legal y se tiene capacidad económica para ello. Donde el precio o el dinero libera al consumidor/a de cualquier responsabilidad ética o moral. En resumidas cuentas, si está en venta y se puede pagar, es legítimo comprarlo⁴.

1 López y López, M. T; de Montalvo Jääskeläinen, F; Alonso Bedate, C; Bellver Capella, V; Cadena Serrano, F; de los Reyes López, M; Fernández Muñiz, P. I; Jouve de la Barreda, N; López Moratalla, N; Nombela Cano, C; Romeo Casabona, C; Serrano Ruiz-Calderón, J. M. (2017). “Informe del comité de bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada”, Comité de bioética de España, p. 6.

2 Ortega Lozano, Ramón; Álvarez Díaz, Jorge; Herreros Ruiz Valdepeñas, Benjamín; Sánchez González, Miguel Ángel (2018): “Gestación subrogada: aspectos éticos”, España, DILEMATA, Revista Internacional de Éticas Aplicadas, nº 28, p. 63-74.

3 Zurriarain, Roberto Germán: “La maternidad subrogada: ¿«solidaridad» o «explotación»?” en *Revista Medicina y Ética*, España, Universidad de la Rioja - Octubre-Diciembre 2019 - Vol. 30 - Num. 4, p 1232.

4 Nuño Gómez, L. (2020). *Maternidades S.A.* Madrid, La Catarata Libros, p. 26.

En ese marco, se encuentra el argumento de la explotación permisible o mutuamente ventajosa, donde los cuestionamientos en torno a la posible explotación que puede padecer la mujer en situación de pobreza generada por la desigualdad en la relación entablada entre los padres de intención y la gestante encuentran “justificación” en el hecho que:

“Los países de pocos ingresos dependen de los de altos ingresos y sacar provecho de esta situación inevitable (aunque sea injusta) es lo que permite a los países pobres hacer sus economías competitivas y comerciar para salir de la pobreza. Un precio justo (fijado por un mercado genuinamente competitivo) previene la injusticia, los padres de intención tienen la obligación de pagar un precio justo, así como las empresas tienen la obligación de pagar un precio justo a sus empleados. Si los padres de intención pagaran el precio más bajo posible, sí existiría explotación”⁵.

En opinión de las autoras, la hipotética prohibición de la maternidad subrogada dejaría a muchas madres gestantes en una peor situación, por tanto, lo mejor sería mitigar la explotación, pero no prohibir la maternidad subrogada. De esta lógica se deriva el concepto de “*permisible exploitation*” (explotación permisible), que es aquella estructural e imposible de evitar.

Existen investigaciones recientes sobre los datos actualizados de las familias españolas que inscriben o pretenden inscribir en el Registro a esos bebés gestados a través de la subrogación. Un Estudio realizado por *Maldita.es* y *Planta Baixa*, nos desglosa y nos muestra (con datos oficiales obtenidos a través del Ministerio de Asuntos Exteriores, y por medio de consultas a los Registros y Consulados) como en los últimos 12 años, han habido 3.389 solicitudes de inscripción provenientes de gestación por subrogación. Especifica que el 62% de las familias son familias heterosexuales, 25% de familias homosexuales, y 13% restante personas solteras. También hace hincapié en que estos datos son sólo las solicitudes presentadas en los consulados de los distintos países en los que la práctica es legal, pues aquí no se contemplan los datos de los bebés que se inscriben en el Registro

5 Walker, R.; van Zyl, L. (2017): *Towards a professional Model of Surrogate Motherhood*. United Kingdom, London, Palgrave Macmillan.

Central, sin necesidad de pasar por el consulado, en los cuales no se indica si ha sido por gestación subrogada o no.

Ha sido creada una plataforma española llamada Son Nuestros Hijos en las que promueven y facilitan información a los padres y familias que están dispuestas a viajar para realizar este método de gestación, desde allí afirman que son más de un millar las familias españolas que han podido ejercer su derecho a ser padres o madres a través de la técnica de la gestación subrogada.

Según Kant, la dignidad remite a la idea de que la persona es un fin en sí mismo, por lo que nunca debe ser tratado sólo como un medio al servicio de fines ajenos. En su *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, señaló que las personas:

“no son meros fines subjetivos, cuya existencia, como efecto de nuestra acción, tiene un valor para nosotros, sino que son fines objetivos, esto es, seres cuya existencia es en sí misma un fin, y un fin tal que en su lugar no puede ponerse ningún otro fin para el cual debieran ellas servir como medios”⁶.

Si aplicamos lo señalado a la gestación subrogada, podemos observar que, en relación a la mujer contratada, dicha práctica contradice directamente las referidas exigencias de la dignidad humana, ya que mercantiliza, cosifica e instrumentaliza el cuerpo de la mujer gestante, además de que la discrimina y, en definitiva, disgrega su esencia personal⁷.

De igual forma, existen argumentos que esgrimen que “un útero no es subrogable porque la maternidad está unida indisolublemente a la mujer que nunca puede ser objeto de transacción, y por otro, la dignidad del concebido, exige que las condiciones de su concepción, favorezcan la continuidad entre su origen, gestación, crianza y educación, siendo estas respetadas y no drásticamente alteradas⁸.

6 Kant, Immanuel (1983): *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Madrid, Espasa-Calpe, 8a edición, p. 83.

7 Miralles Aparisi, Ángela (2017): “Maternidad subrogada y dignidad de la mujer” en *Cuadernos de Bioética XXVIII*, Navarra, Universidad de Pamplona, p. 167.

8 Pastor Luis Miguel (2017): “Nota del Editor: La maternidad, su valor y sentido como núcleo del debate bioético sobre la maternidad subrogada” en *Cuadernos de Bioética*, España, Asociación Española de Bioética y Ética Médica, vol. XXVIII, núm. 2, mayo-agosto, p. 152.

La gestación por sustitución se presenta como un negocio⁹ en los que se publicita por internet los servicios de la madre gestante, donde las Agencias obtienen grandes beneficios económicos, generándose un nuevo mercado en el que se venden bebés, generalmente gestados por mujeres pobres convirtiéndolas en productoras, degradando el embarazo a un mero servicio y equiparando al hijo a un bien.

Acorde lo que regula el Instrumento de Ratificación del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina)¹⁰ en su artículo 21 establece que “El cuerpo humano y sus partes como tales no deben ser objeto de lucro”, por lo tanto, el útero de una mujer no puede ser alquilado.

En 2016 Abby Rabinowitz, publicó su estudio¹¹ en The Guardian; en el cual plasmaba la realidad de las mujeres que había entrevistado, mujeres que residían en la India, que habían sido donantes de óvulos o las mismas portadoras.

Las declaraciones que recoge y el análisis que ella realiza es devastador; las madres portadoras no tienen apenas contacto con los padres comitentes y todo se realiza a través de las Agencias en las que el poder de negociación de la mujer gestante es nulo. Algunas de estas Agencias tienen sus propias casas para las portadoras, asegurando y en definitiva controlando la actividad de las madres gestantes.

Hemos podido comprobar que existen muchos argumentos éticos y jurídicos que no aprueban la realización de esta práctica o la prestación de este servicio; por ser una práctica antinatural y sobrepasar los límites de lo que es comerciable y lo que no.

9 Report on Sexual And Reproductive Health and Rights, Committee on “*Women’s Rights and Gender Equality, European Parliament*”, 26 de septiembre de 2013, Ref. A7-0306/2013, “As regards sexual and reproductive health and rights policy in the EEUU in general in number, Emphasises that surrogate motherhood represents a commodification of both women's bodies and children”.

10 BOE-A-1999-20638: Instrumento de Ratificación del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997. Documento web: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1999-20638>

11 Rabinowitz Abby: India has shut its borders to foreigners seeking surrogacy – purportedly to prevent the exploitation of poor women. But will this make matters worse?, 28 de abril 2016. Documento web: <https://www.theguardian.com/lifeandstyle/2016/apr/28/paying-for-baby-trouble-with-renting-womb-india>

Esos coinciden en que las mujeres gestantes se prestan por su situación de precariedad económica, siendo esta una vía para conseguir beneficios económicos que de otro modo no obtendrían; equiparándolo a un trabajo o servicio prestado.

En 2015, India cerró sus fronteras para personas extranjeras en materia de subrogación de vientres; las Agencias o las propias clínicas de reproducción trasladaron a las madres portadoras hacia Nepal (en ese momento la práctica de la gestación de vientre se realizaba de manera legal.)

En ese momento se produjo un terremoto¹², que dejó a las mujeres gestantes en una situación total de indefensión y vulnerabilidad, pues una vez daban a luz, las agencias no se hacían responsables del regreso a su país; (las obligaciones cesan cuando cesa el contrato, y el fin de ese contrato es dar a luz a un bebé.) Dejándolas en situación precaria y de total vulnerabilidad; solas en un país desconocido, en el que la cultura y la lengua son distintos a su ciudad o país de origen. También en el 2015, Nepal prohibió la subrogación de vientres para personas extranjeras.

Además de la cosificación de la mujer como mero instrumento reproductivo, resulta fundamental identificar las secuelas físicas y psicológicas a las que se exponen. Pues requieren de un acompañamiento psicológico durante todo el proceso y para todas las partes implicadas. Pero no sólo se ha de ceñir a ese período, sino que también es esencial el hacer un seguimiento de la situación emocional de las mujeres gestantes una vez hayan dado a luz y hayan entregado al niño.

Tanto a las mujeres gestantes como las madres subrogantes desde el comienzo hasta los 6 meses tras el parto, consideraban que la existencia de la compensación económica les facilitaría el momento de la renuncia del niño tras el parto, sin embargo, transcurridos 6 meses, muy pocas mujeres subrogadas continuaban teniendo la misma creencia¹³.

12 CARE: "Terremoto de Nepal: Mujeres embarazadas con necesidad urgente de asistencia", documento web <https://www.care.org/es/news-and-stories/press-releases/nepal-earthquake-pregnant-women-in-urgent-need-of-assistance-care-warns/>, recuperado 12/3/2023.

13 van den Akker, O. (2007): "Psychosocial aspects of surrogate motherhood"; Life & Health Sciences, UK, Birmingham, Aston University, Human Reproduction Update, Vol.13, No.1, pp. 53–62

Otros autores también han hecho referencia al posible sufrimiento experimentado por las mujeres portadoras en el momento de la entrega del niño e incluso hablan de un 10% de casos que necesitan terapia intensa para poder superarlo¹⁴. “Independientemente de que tengamos cifras más concretas, el posterior seguimiento y consejo psicológico de las mujeres sometidas al proceso es indispensable para gestionar, si no se ha hecho ya, todas las emociones que puedan estar afectándolas tanto de forma individual como en sus relaciones familiares o con el entorno”¹⁵.

14 Wilkinson, S. (2003): “The exploitation argument against commercial surrogacy”. Biethics, p.17.
Documento web: <http://doi.org/10.1111/1467-8519.00331>

15 Bascuñana Garde, Mónica: “Gestación subrogada: Aspectos emocionales y psicológicos en la mujer gestante”, DILEMATA, Revista Internacional de Éticas Aplicadas, nº 28, p. 41-49.

2- Marco normativo español en materia de subrogación de vientres

El primer antecedente en nuestro ordenamiento jurídico, lo podemos encontrar en el año 1988 cuando se sancionó la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (Ley 35/1988)¹⁶.

Resulta fundamental destacar que esta Ley hizo eje en el “respeto a los derechos de la mujer a fundar su propia familia en los términos que establecen los acuerdos y pactos internacionales garantes de la igualdad de la mujer, la Ley debe eliminar cualquier límite que socave su voluntad de procrear y constituir la forma de familia que considere libre y responsablemente”¹⁷.

De tal forma, en su parte expositiva indica la necesidad de establecer regulaciones, en tanto que:

“Teniendo en cuenta que la fecundación in vitro y la crioconservación facilitan la disponibilidad de gametos y óvulos fecundados, y no sólo para realizar las técnicas de reproducción asistida en las personas que los aportan o en otras, sino también para manipulaciones diversas, de carácter diagnóstico, terapéutico o industrial (farmacéutico), de investigación o experimentación, es evidente que los materiales embriológicos no pueden ser utilizados de forma voluntarista o incontrolada, y que su disponibilidad, tráfico, usos y transporte deben ser regulados y autorizados, al igual que los centros o servicios que los manipulen o en los que se depositen”¹⁸.

Posteriormente, dedica esfuerzo argumental a los donantes y a la ruptura que estás nuevas técnicas científicas generaron en los saberes jurídicos existentes hasta ese momento respecto a los lazos filiatorios, en tanto en estas circunstancias, la genética dejaba de ser su principal fundamento. Anulándose de tal modo, toda responsabilidad parental e hijuela hereditaria que pudiese llegar a reclamarse. De tal forma indica que:

16 BOE-A-1988-27108. Documento web: <https://www.boe.es/eli/es/l/1988/11/22/35>

17 *Ibidem*.

18 *Ibidem*.

“La colaboración de donantes de material reproductor en la realización de estas técnicas supone la incorporación de personas ajenas a las receptoras y a los varones a ellas vinculados en la creación de los futuros hijos, que llevarán su aportación genética, con lo que se ponen en entredicho cuestiones del máximo interés relacionadas con el derecho de familia, la maternidad, la paternidad, la filiación y la sucesión; es necesario, por lo tanto, establecer los requisitos del donante y de la donación, así como las obligaciones, responsabilidades o derechos, si los hubiere, respecto de los donantes con los hijos así nacidos”.

En ese sentido, su artículo 5º regula que la donación de gametos y preembriones es un contrato gratuito, formal y secreto concertado entre el donante y el Centro autorizado. En tanto que “la donación nunca tendrá carácter lucrativo o comercial”¹⁹ y que “la donación será anónima, custodiándose los datos de identidad del donante en el más estricto secreto y en clave en los bancos respectivos y en el Registro Nacional de Donantes”²⁰.

“Desde una perspectiva biológica, la maternidad puede ser plena o no plena, y ello es importante en relación con las técnicas que aquí referimos; en la maternidad biológica plena, la madre ha gestado al hijo con su propio óvulo; en la no plena o parcial, la mujer solo aporta la gestación (maternidad de gestación), o su óvulo/s (maternidad genética), pero no ambos; son matices de gran interés que no siempre están claros, y que conviene establecer sin equívocos. Por su parte, la paternidad solo es genética, por razones obvias de imposibilidad de embarazo en el varón. Finalmente, pueden la maternidad y la paternidad biológicas serlo también legales, educacionales o de deseo, y en tal sentido, es importante valorar cual es la más humanizada, la más profunda en relación con el hijo, pues habida cuenta de las posibilidades y combinaciones que puedan darse, especialmente cuando en la gestación intervienen donantes de gametos u óvulos fecundados, los códigos han de actualizarse sobre cuestiones determinadas que no contemplan. En cualquier caso, y sin cuestionar el alcance de las otras variantes, se atribuye a la maternidad de gestación el mayor rango, por la estrecha relación psicofísica con el futuro

19Art. 5º, Apartado 3.

20Ibidem.

descendiente durante los nueve meses de embarazo”²¹.

Por su parte, en torno a la subrogación de vientres, fenómeno que cada día va en aumento²², fue abordado por el artículo 10 que establece la nulidad de pleno derecho respecto al 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. Dejando en claro en su inciso 2º que “La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”.

El 24 de mayo de 2006 se sancionó la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida (14/2006)²³ que derogó la Ley 35/1988, teniendo por objetivos, entre otros, regular la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida acreditadas científica y clínicamente indicadas. Así como establecer la regulación de los supuestos y requisitos de utilización de gametos y preembriones²⁴ humanos crioconservados.

En idéntico sentido que la derogada norma, conserva en su artículo 10 la nulidad de pleno derecho, respecto al 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. Así como el principio que dicta que la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. Conserva, además, la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.

De tal forma, nuestro Código Penal en el artículo 221 establece que:

21 Sólo excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comporten un comprobado peligro para la vida del hijo, o cuando proceda con arreglo a las leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad del donante, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará, en ningún caso, publicidad de la identidad del donante. En tanto que no implica, en ningún caso, determinación legal de la filiación (Art. 8º, Apartado 3).

22 En España se calcula que el 3% de los nacimientos provienen de técnicas de reproducción asistida. Documento web VITA, Reproducción Asistida, documento web recuperado el 6/3/2023 <https://www.vitafertilidad.com/blog/actualidad/ley-reproduccion-asistida-espana.html>

23 BOE-A-2006-9292. Documento web <https://www.boe.es/eli/es/l/2006/05/26/14/con>

24 Ley 14/2006, Art. 1º, inc c) “Se entiende por preembrión el embrión in vitro constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde”.

“Los que, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concurra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación, serán castigados con las penas de prisión de uno a cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a 10 años”.

Tal como se observa, en nuestro ordenamiento jurídico, queda totalmente prohibida la técnica de reproducción por subrogación de vientre, en tanto la filiación es determinada por el parto, los contratos son nulos de pleno derecho, y la práctica de entregar a otra persona un hijo se encuentra tipificada en el Código Penal.

A pesar de ello, la práctica de gestación subrogada se hizo presente en la sociedad española. Cabe mencionar que se sabe poco sobre personas que la utilizan en términos cuantitativos, característica que es común a este fenómeno global: no existen datos respecto al número de niñas y niños nacidos en el mundo ni tampoco segregados por país de nacimiento²⁵. Por lo tanto, las estimaciones existentes en el Estado español surgen, principalmente, de la entidad Son Nuestros Hijos (SNH) y también de la prensa escrita, donde habitualmente no se citan las fuentes de las que provienen los datos²⁶.

“De acuerdo con las estimaciones de SNH, en el Estado español los nacimientos anuales por gestación subrogada son alrededor de un millar. Sin embargo, la ausencia de un registro nacional que permita estimar el número de nacimientos por esta vía y la ausencia de registro específico para este tipo de nacimientos en los países donde se realiza la gestación subrogada, impiden conocer con certeza las verdaderas cifras (...). La inexistencia de datos fiables sobre el número de gestaciones subrogadas realizadas en el mundo, así como del número de niñas y niños nacidos a través de ella, y sobre las características de estos procesos constituyen una gran dificultad

25 Inhorn, M. C., y Gürtin, Z. B. (2011): “Cross-border Reproductive Care: a Future Research Agenda”. *Reproductive Biomedicine Online*, 23(5), 665-676. doi: 10.1016/j.rbmo.2011.08.002.

26 Morero Beltrán, Anna María (2018): “Características de las familias creadas por gestación subrogada en el Estado español”, Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, Papeles del CEIC. *International Journal on Collective Identity Research*, núm. 2, p. 199.

para el desarrollo de políticas relacionadas con la gestación subrogada, ya que no existen datos fiables sobre el alcance, la distribución y quiénes participan del fenómeno”²⁷.

Los únicos datos oficiales disponibles son las solicitudes de inscripciones aprobadas en los consulados españoles, que desde 2019 ha sido de 261 casos anualmente²⁸. Las inscripciones en el registro civil consular se encuentran regladas en la Instrucción del 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, que establece:

“Atendiendo a la finalidad de dotar de plena protección jurídica el interés superior del menor, así como de otros intereses presentes en los supuestos de gestación por sustitución, resulta necesario establecer los criterios que determinen las condiciones de acceso al Registro Civil español de los nacidos en el extranjero mediante esta técnica de reproducción asistida. Dicha protección constituye el objetivo esencial de la presente Instrucción, contemplado desde una perspectiva global, lo que comporta, al menos, abordar tres aspectos igualmente importantes: en primer lugar, los instrumentos necesarios para que la filiación tengan acceso al Registro Civil español cuando uno de los progenitores sea de nacionalidad española, como vía de reconocimiento a efectos registrales de su nacimiento; en segundo lugar, la inscripción registral en ningún caso puede permitir que con la misma se dote de apariencia de legalidad supuestos de tráfico internacional de menores y; en tercer lugar, la exigencia de que no se haya vulnerado el derecho del menor a conocer su origen biológico, según se expresa en el artículo 7, número 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, artículo 12 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, así como en Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1999”.

En ese sentido, establece que, junto a los derechos del menor, deben valorarse otros

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ *Ibidem*.

intereses presentes en los contratos de gestación por sustitución, especialmente la protección de las mujeres que se prestan a dicha técnica de reproducción, renunciando a sus derechos como madres (...).

En tanto que:

“Para garantizar la protección de dichos intereses, la presente Instrucción establece como requisito previo para la inscripción de los nacidos mediante gestación por sustitución, la presentación ante el Encargado del Registro Civil de una resolución judicial dictada por Tribunal competente. La exigencia de resolución judicial en el país de origen tiene la finalidad de controlar el cumplimiento de los requisitos de perfección y contenido del contrato respecto del marco legal del país donde se ha formalizado, así como la protección de los intereses del menor y de la madre gestante. En especial, permite constatar la plena capacidad jurídica y de obrar de la mujer gestante, la eficacia legal del consentimiento prestado por no haber incurrido en error sobre las consecuencias y alcance del mismo, ni haber sido sometida a engaño, violencia o coacción o la eventual previsión y/o posterior respeto a la facultad de revocación del consentimiento o cualesquiera otros requisitos previstos en la normativa legal del país de origen. Igualmente, permite verificar que no existe simulación en el contrato de gestación por sustitución que encubra el tráfico internacional de menores (...).

(...) En los casos en los que se solicite la inscripción del nacido en el extranjero mediante gestación por sustitución sin que se presente una resolución que determine la filiación, reconocible incidentalmente o por exequátur, el encargado del Registro Civil denegará la inscripción. Ello no impedirá que el solicitante pueda intentar dicha inscripción por los medios ordinarios regulados en el artículo 10.3 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana y artículos 764 y siguientes de la LEC”²⁹.

Con lo cual, establece directrices dando cuenta que la inscripción de nacimiento de

²⁹ BOE-A-2010-15317, Documento web [https://www.boe.es/eli/es/ins/2010/10/05/\(1\)](https://www.boe.es/eli/es/ins/2010/10/05/(1))

un menor, nacido en el extranjero como consecuencia de técnicas de gestación por sustitución, sólo podrá realizarse en territorio español, presentando junto a la solicitud de inscripción, la resolución judicial dictada por Tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido.

En tanto que en el caso de que la resolución judicial extranjera tuviera su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, el encargado del Registro Civil controlará incidentalmente, como requisito previo a su inscripción, si tal resolución judicial puede ser reconocida en España. En dicho control incidental deberá constatar:

- a) La regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualesquiera otros documentos que se hubieran presentado.
- b) Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española.
- c) Que se hubiesen garantizado los derechos procesales de las partes, en particular, de la madre gestante.
- d) Que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante. En especial, deberá verificar que el consentimiento de esta última se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia y que tiene capacidad natural suficiente.
- e) Que la resolución judicial es firme y que los consentimientos prestados son irrevocables, o bien, si estuvieran sujetos a un plazo de revocabilidad conforme a la legislación extranjera aplicable, que éste hubiera transcurrido, sin que quien tenga reconocida facultad de revocación, la hubiera ejercitado.

Por lo que en ningún caso se admitirá como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación del nacido, una certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante.

En la Instrucción del 14 de febrero de 2019, la DGRN sobre la actualización del régimen registral de filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, contiene en su preámbulo antecedentes en los que se justifican sus cuatro nuevas directrices a seguir en esta materia por los Registros consulares.

La Instrucción distingue entre aquéllas en las que la filiación con el o los comitentes viene establecida mediante sentencia dictada por las autoridades judiciales del país en que se ha llevado a cabo la técnica. En estos casos, la solicitud de inscripción en el Registro Civil consular podrá ser estimada, si se trata de sentencia firme dotada de exequátur u objeto del debido control incidental cuando proceda, de conformidad con la Instrucción de 5 de octubre de 2010.

A su vez, cuando no se haya establecido la filiación con el o los comitentes españoles en la correspondiente resolución judicial extranjera, la Instrucción señala que deberá suspenderse la inscripción, “con base en la ausencia de prueba susceptible de apreciación dentro del procedimiento consular”. Parte de un tratamiento individualizado de cada caso, para valorar las circunstancias y pruebas concurrentes, y considera que esto no puede hacerse dentro del procedimiento consular de inscripción de nacimiento.

“En caso de que en la certificación registral extranjera, o en la declaración y certificación médica del nacimiento del menor, conste la identidad de la madre gestante, siendo ésta extranjera y habiendo ocurrido el nacimiento en el extranjero, la competencia del Registro Civil español para practicar la inscripción de dicho nacimiento requiere que se acredite la filiación del menor respecto de un progenitor español, conforme al artículo 15 de la vigente Ley del Registro Civil de 1957, así como, a partir de su entrada en vigor, al art. 9 de la nueva Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil³⁰.

Dicha acreditación podrá tener lugar:

- a) bien mediante sentencia firme recaída en un procedimiento de filiación, conforme a los artículos 764 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 10.3 de la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida, o
- b) bien mediante el reconocimiento del padre en cualquiera de las formas establecidas en el Código civil y cumpliendo los requisitos previstos en cada caso para la plena validez y eficacia de dicho reconocimiento.

En especial si el reconocimiento se hace mediante declaración del padre ante

³⁰*Ibidem*, artículo 2º, apartado 1º.

el Encargado del Registro Civil se requerirá el consentimiento expreso de la madre o del representante legal del menor, conforme al artículo 44.7 de la Ley del Registro Civil de 2011. Para que sea posible la inscripción deberán concurrir, además, los requisitos para la validez o eficacia del reconocimiento exigidos por la Ley civil aplicable. Si la madre gestante estuviese casada y fuese aplicable la presunción de paternidad matrimonial, se exigirán igualmente el consentimiento del marido o cualesquiera otros requisitos impuestos, en su caso, por la legislación civil aplicable”³¹.

El artículo 2º, apartado 2º establece que:

“En todos los supuestos de reconocimiento de la filiación paterna de un niño/a nacido mediante técnicas de gestación por sustitución, con arreglo al principio de veracidad biológica, y a fin de garantizar al nacido/a su derecho al conocimiento de la sus orígenes e identidad biológica y de prevenir todo supuesto de tráfico internacional de menores, conforme al principio constitucional y europeo de plena protección del menor, principio de orden público e inderogable, dicho reconocimiento deberá completarse mediante otros medios de prueba suficientes, a juicio del encargado del Registro Civil, para acreditar de forma indubitada la realidad de esa filiación paterna.

Para ello, el medio preferente, por su sencillez, aunque no exclusivo, podrá ser la correspondiente prueba de ADN, que se habrá de realizar y acreditar con plenas garantías médicas y jurídicas, principalmente en materia de aseguramiento de la cadena de custodia, reconocimiento del centro que practique los análisis.

A tal efecto, los encargados de los respectivos Registros Civiles Consulares deberán atender a los criterios fijados en esta materia por la Dirección General de Españoles en el Exterior y de Asuntos Consulares y Migratorios”³².

Por último, apartado 3º indica que:

³¹*Ibidem*.

³²*Ibidem*, apartado 2º.

“Una vez acreditada la filiación paterna en la forma indicada en las directrices anteriores, y determinada por tanto la competencia del Registro Civil español, se practicará de forma inmediata la inscripción de nacimiento, haciendo constar la filiación materna resultante del parto y la filiación paterna resultante de la sentencia o del reconocimiento.

Si se pretende también la determinación de la filiación materna respecto de la mujer comitente que fuera cónyuge o una pareja unida por análoga relación de afectividad a la conyugal del varón comitente, o bien respecto del marido o pareja masculina unido con el padre cuya filiación ha quedado inscrita, será preciso acudir a un procedimiento de adopción del menor, tramitado en España, con todos los requisitos que para ello exige el art. 177 del Código Civil, a cuyo efecto resulta obligado informar, por el propio encargado del Registro Civil consular, a los comitentes sobre los requisitos para la constitución de dicha adopción, en particular la necesidad de asentimiento de la madre gestante, el cual deberá otorgarse libremente, en la forma legal requerida y por escrito, previa información de sus consecuencias de forma clara y suficiente para que el mismo pueda considerarse un asentimiento válido, y una vez hayan transcurrido seis semanas desde el parto”³³.

El artículo 3º prescribe que “en aquellos casos en que la ley extranjera aplicable, conforme al artículo 9.4³⁴ del Código civil español, determine en virtud de un contrato de gestación por sustitución la maternidad únicamente a favor de una mujer distinta de la que ha gestado, por sí sola o bien estando unida a otra mujer en matrimonio o en pareja unida

³³*Ibidem*, apartado 3º.

³⁴ La determinación y el carácter de la filiación por naturaleza se regirán por la ley de la residencia habitual del hijo en el momento del establecimiento de la filiación. A falta de residencia habitual del hijo, o si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación, se aplicará la ley nacional del hijo en ese momento. Si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación o si el hijo careciere de residencia habitual y de nacionalidad, se aplicará la ley sustantiva española. En lo relativo al establecimiento de la filiación por adopción, se estará a lo dispuesto en el apartado 5. La ley aplicable al contenido de la filiación, por naturaleza o por adopción, y al ejercicio de la responsabilidad parental, se determinará con arreglo al Convenio de La Haya, de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños.

por análoga relación de afectividad a la conyugal, no resulta aplicable la solución anterior”.

“En tal supuesto, ante la eventualidad de que el menor quede desprotegido al no hacerse cargo del mismo la madre gestante, acreditada mediante la correspondiente declaración de ésta (lo que en principio podría deducirse de los términos en que haya quedado formalizado el contrato de gestación subrogada), debe buscarse una solución que tutele de manera efectiva los intereses preferentes de ese menor, ante una eventual situación de abandono e institucionalización en alguna entidad de protección de menores del país donde ha nacido.

A ello debe preferirse siempre su integración en su familia biológica (art. 2.2.c de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que en su actual redacción establece, como criterio de determinación del interés del menor la conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia, priorizando la permanencia en su familia de origen y preservando el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor, priorizando siempre el acogimiento familiar frente al residencial).

Por ello, acreditado todo lo anterior (la negativa de la madre gestante a hacerse cargo del menor, y la inscripción de la filiación en el Registro del país de la filiación respecto de la madre comitente), si la comitente presentara algún vínculo genético con el nacido/a por haber aportado su óvulo para la fecundación, será aplicable analógicamente lo previsto en el artículo 10.3 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, en los términos antes expresados respecto de la filiación paterna, a efectos de poder reconocer e inscribir en el Registro Civil español la filiación materna a favor de la mujer cuyo material genético hubiere sido empleado en la formación del preembrión transferido a la madre gestante.

A todo ello, debe añadirse otra consideración: si no se practica la inscripción en el Registro Civil español de la filiación respecto de la madre comitente,

el niño quedará desprotegido en el país donde se produjo la gestación, estando sin embargo inscrito en él, en el correspondiente Registro Civil, como hijo de la madre comitente. En consecuencia, si el niño debiera permanecer en dicho país, que sería el de su residencia y domicilio (...). Por lo que se refiere al procedimiento para practicar estas inscripciones, habrá que acudir a la aplicación del art. 44.2.2 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, que se encuentra ya en vigor de acuerdo con la Disposición final décima de la misma. Dicho artículo dice que “Salvo en los casos a que se refiere el artículo 48, en toda inscripción de nacimiento ocurrida en España se hará constar necesariamente la filiación materna, aunque el acceso a la misma será restringido en los supuestos en que la madre por motivos fundados así lo solicite y siempre que renuncie a ejercer los derechos derivados de dicha filiación. En caso de discordancia entre la declaración y el parte facultativo o comprobación reglamentaria, prevalecerá este último”.

Por último, su artículo 5º indica que deroga y sustituye a la Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.

En tanto que a los pocos días (de hecho, la Instrucción del 14 de febrero de 2019 no llegó a ser publicada en el BOE), fue dejada sin efecto por la Dirección General de los Registros y del Notariado, mediante la Instrucción de 18 de febrero de 2019³⁵.

De esta manera, su preámbulo toma una posición firme donde da cuenta respecto a que “la gestación por sustitución constituye un fenómeno en el que se produce una grave vulneración de los derechos de los menores y de las madres gestantes”.

Hace eje en la salvaguarda del interés de los menores, y en garantizar a la mujer una adecuada protección contra el peligro de abusos de situaciones de vulnerabilidad, considerándolo como inaceptable, por parte de los poderes públicos.

Marca una posición claramente contraria al afirmar que “la lucrativa actividad de las agencias mediadoras que operan en este terreno no puede considerarse ajustada a derecho”.

35BOE-A-2019-2367, [https://www.boe.es/eli/es/ins/2019/02/18/\(1\)](https://www.boe.es/eli/es/ins/2019/02/18/(1))

“Por lo demás, este problema no se limita a España, sino que se desenvuelve en un ámbito exterior, por lo que sería necesaria una actuación internacional coordinada para hacerle frente de forma eficaz. En tanto no se disponga de ese claro marco internacional, y sin perjuicio de la adopción de las medidas oportunas y más contundentes para atajar esta práctica en España, se debe tratar el fenómeno con el necesario rigor.

Todo ello hace necesario un tratamiento que permita valorar todas las circunstancias que se presenten en cada supuesto, con una prueba válida y suficiente de los hechos, datos y declaraciones de voluntad que concurran en el mismo. Ello es así, especialmente, a la vista de los claros abusos contra las mujeres gestantes que en ocasiones se han dado”³⁶.

En tal sentido, su artículo 2º regula que:

“Las solicitudes de inscripción en el Registro Civil consular de la filiación de menores nacidos con posterioridad a la publicación de esta Instrucción, no serán estimadas salvo que exista una sentencia de las autoridades judiciales del país correspondiente que sea firme y dotada de exequatur, u objeto del debido control incidental cuando proceda, de conformidad con la Instrucción de 5 de octubre de 2010”³⁷.

De tal modo, agrega que “el encargado o encargada del Registro Civil consular en estos casos deberá suspender la inscripción, con base en la ausencia de medios de prueba susceptibles de apreciación dentro del procedimiento consular. Dicha suspensión y las circunstancias concurrentes serán notificadas por el encargado o encargada del Registro Civil, en su caso, al Ministerio Fiscal, de conformidad con el artículo 124 del Reglamento del Registro Civil”.

En tanto que el solicitante podrá obtener el pasaporte y permisos del menor para viajar a España a fin de asegurar que se cumpla el necesario el rigor probatorio. Debiéndose iniciar el correspondiente expediente para la inscripción de la filiación, con intervención del Ministerio Fiscal, o interponer las acciones judiciales de reclamación de

³⁶*Ibidem*.

³⁷*Ibidem*.

dicha filiación³⁸.

³⁸*Ibidem*

3. Gestación subrogada en derecho comparado

Existen tres modelos diferentes en materia de regulación, para desarrollar y explicarlos, nos basaremos en el Informe el Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la subrogación de vientres. Los modelos son los siguientes:

1. Nulidad de los contratos de maternidad subrogada.
2. Maternidad subrogada “altruista”
3. Maternidad subrogada comercial”

3.1. Nulidad de los contratos de maternidad subrogada.

La nulidad de los contratos de maternidad subrogada se basa en la prohibición y tipificación de la práctica de gestación subrogada como delito. La mayor parte de los países europeos optan por este tipo, en el cual no sólo los contratos son nulos de pleno derecho, sino que lo tipifican como delito; (como hemos analizado en nuestra propia legislación)³⁹.

Se prohíbe el hecho de que se entregue a un niño a cambio de cualquier tipo de compensación económica u otra retribución. Añadiendo que es un derecho indisponible, prohíbe la disposición del cuerpo de la mujer para gestar para otro (por estar considerado *res extracomercium*); ninguna mujer podrá gestar para entregar al bebé a un tercero, incluso si existen lazos familiares con los futuros padres. La mujer gestante que da a luz, es quien será reconocida como madre en el Registro Civil, y con ello a todos los efectos⁴⁰.

Los países que basan su legislación en este modelo intentan proteger el vínculo materno que se crea entre el niño y la madre gestante durante los primeros meses (o años) de vida. Como también velan por la seguridad emocional y psicología de ambos, teniendo en cuenta el interés superior del menor que acaba siendo tratado como un objeto, utilizado

39 Convenio Europeo sobre los Derechos Humanos y Biomedicina, art. 21 y en la Declaración de UNESCO sobre genoma humano, art.4.

40 Duplá Marín, M^a Teresa (2021): “El principio *Mater semper certa est* ¿A debate? La nueva legislación sobre reproducción asistida y sus consecuencias”, Universidades Ramón Llull y de Barcelona, *Fundamentos romanísticos del Derecho contemporáneo*, España, Universidad de La Rioja, p.883.

para satisfacer los deseos de otros.

En estos sistemas se proclama que la libertad de la mujer no quede vulnerada, se protege el interés superior del menor y se elimina cualquier responsabilidad contractual que pudiera surgir, ya que el contrato es nulo de pleno derecho, y el objeto de él totalmente indisponible y punible.

Sin embargo, para los sectores que están a favor de dicha técnica, el “derecho a tener una familia” no está garantizado con esta posición. En gran cantidad de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos como del Tribunal Supremo, la parte recurrente invoca su derecho en el artículo 8.1 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos⁴¹ en tanto que “toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.”

3.2. Maternidad Subrogada “Altruista”.

Este modelo acepta y regula los contratos de subrogación de vientres con la condición que no puede existir contraprestación o retribución económica por dicha práctica. La madre gestante se presta de forma totalmente voluntaria para llevar a cabo la gestación para otra persona, ya sea hombre o mujer y existan o no lazos familiares.

Los padres comitentes podrán sufragar todos los gastos médicos que conlleve el embarazo. Por norma general, las voluntarias o las madres que gestan de manera altruista, tienen vínculos o lazos afectivos con los padres comitentes.

Este tipo de maternidad subrogada se lleva a cabo en países europeos como Reino Unido y Portugal, de hecho, es el modelo impulsado por el partido político Ciudadanos, en su propuesta de ley⁴² por ser la, según ellos, menos lesiva y gravosa con

41 BOE-A-1979-24010. Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente. Documento web <https://www.boe.es/eli/es/ai/1950/11/04/> (1)

42 Proposición de Ley Nº 122/000117, de 8 de septiembre, reguladora del derecho a la gestación por subrogación.

el interés superior del menor y la libertad de la mujer gestante⁴³.

En Portugal, la práctica de este modelo ha creado controversia, pues existen puntos de conflicto de la ley; ya que por un lado se vulnera “el derecho fundamental al desarrollo de la personalidad” de la madre gestante ya que no puede interrumpir o arrepentirse en ningún momento durante el embarazo. Y por otro, el anonimato de la donación de carga genética, tanto femeninos como masculinos, el tribunal lo considera como “una restricción innecesaria a los derechos de identidad personal y desarrollo de la

43 Si bien la propuesta de ley tiene por objeto regular el derecho de las personas a la gestación por subrogación, entendiendo por tal, el que les asiste a los progenitores subrogantes a gestar, por la intermediación de otra, para constituir una familia, y a las gestantes subrogadas, a facilitar la gestación a favor de los subrogantes, todo ello en condiciones de libertad, igualdad, dignidad y ausencia de lucro, expresivas de la más intensa solidaridad entre personas libres e iguales (art. 1º). En tanto que sus principios rectores son los de dignidad, libertad, solidaridad, igualdad, protección integral de los hijos, iguales ante la Ley, de las mujeres, madres, padres y de los niños, en los términos previstos en los acuerdos internacionales, en el contexto de enriquecer las formas en las que los ciudadanos disfrutan de la familia, objeto de protección social, económica y jurídica, por los poderes públicos, al mismo tiempo que se fomenta la natalidad (Artículo 2º). Se debe destacar que la mayor contradicción con el espíritu de los artículos antes mencionados que presenta esta proposición, se encuentra en el artículo 5º, en tanto que paradójicamente titulado “naturaleza altruista”, contempla que:

- 1- La gestación por subrogación no tendrá carácter lucrativo o comercial, sin perjuicio de la compensación resarcitoria que podrá percibir la mujer gestante.
2. La compensación económica resarcitoria solo podrá:
 - a) cubrir los gastos estrictamente derivados de las molestias físicas, los de desplazamiento y los laborales, y el lucro cesante inherentes a la gestación, y
 - b) proporcionar a la mujer gestante las condiciones idóneas durante los estudios y tratamiento pregestacional, la gestación y el post-parto.
3. La compensación económica será con cargo a los progenitores subrogantes y a beneficio de la mujer gestante.
4. El Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, previo informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, establecerá las reglas que garanticen el respeto al carácter gratuito de la gestación. 5. La mujer gestante por subrogación será beneficiaria de un seguro, que deberán tomar a su cargo el progenitor o los progenitores subrogantes, que cubra las contingencias que puedan derivarse como consecuencia de la aplicación de la técnica de reproducción asistida y posterior gestación, y en especial, en caso de fallecimiento, invalidez o secuelas físicas.

Aquí identificamos, en principio que el apartado 1º se contradice con el 2º.a) en tanto que “la gestación subrogada no tendrá carácter lucrativo o comercial, pero la compensación económica cubre los gastos de las molestias físicas (cosa que no ocurre, con acciones verdaderamente altruistas como los donantes –de riñón, hígado, médula ósea, etc.-). Pero encontramos mayor oscuridad cuando prevé que cubrirá los gastos “laborales y el lucro cesante inherente a la gestación”.

Es claro identificar que cubrir los gastos laborales y el “lucro cesante” está directamente vinculado con una actividad lucrativa (en principio, equiparable al trabajo, en tanto se deben compensar las ganancias económicas que no se tuvieron –lucro cesante- producto de la subrogación). No pudiéndose observar nada de altruismo en la proposición analizada, en tanto la Real Academia Española lo define como diligencia en procurar el bien ajeno aun a costa del propio”.

Por último, debemos mencionar que no establece ningún tipo de control o proceso para garantizar la “gratuidad” de la subrogación, delegando esta tarea en el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, previo informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, para que establezca las reglas que garanticen el respeto al carácter gratuito de la gestación.

personalidad ” del menor.⁴⁴

En el caso de Reino Unido, la subrogación de vientres queda regulada en *Surrogacy Arrangements Act* de 1985. Añadiendo también que La Comisión de Investigación sobre Fecundación y Embriología humana (1982-84) (conocido como Comité Warnock) elaboró un informe en el que se basó la primera ley británica sobre reproducción asistida⁴⁵ (Informe Warnock). Los acuerdos sobre esta materia no serán ejecutables, por lo tanto si una de las partes no cumpliera con los compromisos adoptados en el acuerdo de gestación por subrogación, será el juez quien decida la solución más garantista para los proteger el interés superior del menor.⁴⁶

Se exige que los padres de intención tengan nacionalidad y residencia en el Reino Unido, islas del Canal o isla de Man; uno de los padres comitentes debe aportar material genético al embrión, y se permite que el óvulo pueda proveer de la misma madre gestante (generosidad altruista, con lazos familiares).

No está permitido el contacto de las partes por agencias con ánimo de lucro. Existen ONGs reconocidas por el Departamento de Salud y Asuntos Sociales, que acompañan a las partes en estos procesos y se aseguran de no vulnerar los derechos y libertades de la mujer y velar por el interés superior del menor⁴⁷.

Una vez que nace el bebé, los padres comitentes deberán pasar por un proceso llamado “solicitud de paternidad” en un período no mayor a 6 meses y después de 6 semanas del nacimiento, para reasignar la paternidad legal a los padres comitentes,

44 Chacón, F. (2018). “*El Tribunal Constitucional portugués veta la Ley de Vientres de Alquiler*”. ABC, 25 de abril. Documento web https://www.abc.es/sociedad/abci-tribunal-constitucional-portugues-veta-ley-vientres-alquiler-201804251631_noticia.html

45 *Human Fertilisation and Embryology Act 1990 (HFE Act)*, reformada en 2008.

46 *Ibidem*, Sec. 5.1.

47 Department of Health and Social Care (2019): “The surrogacy pathway. Surrogacy and the legal process for intended parents and surrogates in England and Wales”, documento web: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/843890/Surrogacy_guidance_for_intended_parents_and_surro-gates.pdf

pues desde el momento que nace constarán como padres la madre gestante y su marido o pareja (si en el momento la tuviera).

Hasta que no se resuelva la “solicitud de paternidad” los padres comitentes no tienen ningún derecho sobre el menor. El juez competente en este caso será el Juez del Juzgado de Familia, el cual deberá ratificar que la gestante otorga su consentimiento libre, informado e incondicional y que la prestación se ha llevado de forma gratuita y altruista. Una vez analizadas dichas características, procederá a otorgar dicha orden parental, se emitirá un nuevo certificado de nacimiento (reemplazando al anterior) en la que constarán los padres comitentes como padres legales.

Hemos podido ver (sin profundizar en la normativa y en las polémicas que la práctica genera en la sociedad) cómo el Reino Unido ha regulado y legalizado la subrogación de vientres para poder ejercer mayor control y garantías de esta práctica que está en auge; ya sea por todos los avances tecnológicos que la hacen posible, a la libertad del individuo en decidir si quiere formar una familia a pesar de tener problemas reproductivos o impedimentos biológicos (en el caso de los varones).

3.3. Maternidad Subrogada Comercial.

En Europa tenemos claros ejemplos de legislaciones en las que se aprueban y regulan esta práctica de manera onerosa. Consiste en establecer vínculos contractuales por ambas partes, los padres comitentes y la madre gestante, en la que acuerdan la gestación de un bebé como un servicio prestado. Se establecen las condiciones y cláusulas que las partes consideren relevantes durante el período de embarazo, considerando los hábitos de la madre gestante durante el proceso, como la atribución de todos los gastos médicos que se puedan generar y la retribución que se realiza a la finalización del contrato (en este caso dar a luz al bebé). La ley establece que este tipo de contratos son como cualquier tipo de obligación entre partes, en que podrán ejecutar el contrato ante el tribunal competente.

Uno de los principales países europeos en los que se realizaba esta práctica era Ucrania. Somos conscientes de la situación actual en este país, pero utilizaremos su normativa para poder analizar su regulación y características.

Los requisitos necesarios que impone Ucrania para poder llevar a cabo la gestación subrogada a los padres comitentes se les exige que sean una pareja heterosexual

y estar casados, siendo la mujer menor de 51 años. Como mínimo un miembro de la pareja ha de prestar su material genético para ese embrión (pueden ser ambos, óvulo y semen, o sólo óvulo o semen) y debe existir una imposibilidad médica de gestación, requiriendo así un certificado médico que lo acredite; o 4 intentos fallidos de Fecundación In Vitro (FIV).

No se requiere ninguna aprobación por parte de ningún Comité Especial, ya que los padres comitentes constarán como padres legales desde el nacimiento del bebé, y con ello no es necesario ningún tipo de trámite posterior de adopción o coadopción por parte de la madre no gestante.

Por el otro lado, a la mujer gestante se le exige ser mayor de edad (18 años) y debe tener al mínimo un hijo propio, además de ser capaz física y mentalmente, sometiéndose a pruebas médicas y psicológicas que las declare aptas para someterse a esta técnica⁴⁸.

El Código de Familia de Ucrania, que entró en vigor el 01/01/2004, ha legalizado la ley de subrogación en Ucrania para hacerlo uno de los más favorables en el mundo en relación con la maternidad subrogada y apoyar plenamente los derechos reproductivos de la persona. En ella se estipula en su artículo 123 que la “afiliación maternal y paternal del niño nacido como resultado de Técnicas de Reproducción Asistida.

1. Si la mujer entrega el niño concebido mediante técnicas de reproducción asistida, con el consentimiento por escrito de su marido, éste deberá ser registrado como el padre del niño nacido de su esposa, (es aplicable también a la Subrogación Tradicional)

1. Si el embrión concebido por los cónyuges que utilizan técnicas de reproducción asistida se transfiere en el cuerpo de otra mujer, los cónyuges serán los padres del niño.

2. Los cónyuges deberán ser considerados como padres del niño que dio a luz la esposa, aunque el embrión sea concebido por su marido y el óvulo de otra mujer pero transferido en el útero de la esposa⁴⁹.

En materia de gestación subrogada, la cláusula 1 del artículo 123 se aplica a Subrogación Tradicional: si hay una pareja donde la mujer es inseminada con el esperma

48 Orden del Ministerio de Sanidad No.771. Documento web. <https://www.surrogacy365.com/es/destinos/ucrania/>

49 *Ibidem*.

del padre (por lo general a través de la inseminación artificial), es a la vez la madre genética y gestacional del niño. Esta puede renunciar a su derecho maternal en favor del padre, pero, desde el punto de vista jurídico la ley siempre está de su lado y protege su derecho maternal. En caso de que renuncie oficialmente a su derecho maternal antes de la inseminación, en tanto la madre genética puede cambiar de opinión – durante el embarazo o al momento de la entrega – y no será respetado el derecho del padre.

La cláusula 2 del artículo 123 estipula expresamente las relaciones de la subrogación gestacional. De acuerdo con dicha disposición, se considera legalmente como padres del niño a los padres ordenantes o padres de intención desde el mismo momento de la concepción. La gestante sustituta no puede mantener al niño después del nacimiento bajo ningún motivo y puede obtener una remuneración por su servicio, en una cantidad acordada, así como una compensación por los gastos que ella le hubieren ocasionado.

4. Conclusiones.

El concepto “subrogación de vientre” o “vientre de alquiler” tiene una connotación en el cual, el cuerpo femenino, se tratase de un objeto o tal vez un semoviente que pudiera “rentarse o cederse” durante un tiempo determinado.

En este apartado, asaltaremos la vertiente ética o moral, pues la vertiente legal de nuestro país ha quedado reflejada en las normas y jurisprudencia anteriormente expuestas.

El argumento con más fuerza para estar a favor de esta práctica, es sin duda, la libertad de la mujer. La libertad para hacer con su propio cuerpo lo que ella crea conveniente. Creo que es el argumento con más fuerza, pues la libertad personal, sexual y reproductiva, entiendo que es una de las libertades que nadie puede coartar ni regular, ¿pues quién es el Estado para decirme lo que puedo o no puedo hacer con mi propio ser, o con mi propio cuerpo? Una mujer, puede donar óvulos, quedarse embarazada o no, interrumpir su embarazo legalmente (con las restricciones que impone la ley). ¿Por qué no puede prestar su útero para que otra persona o pareja puedan realizar su sueño con un hijo biológico, si para ellos, no existe otra posibilidad?

La gestación de un bebé, sólo puede llevarse a cabo de manera natural (de momento no existe ninguna máquina ni mecanismo que pueda hacer de útero para la gestación de un bebé), y si en nuestro país el matrimonio homosexual está admitido y regulado, es natural que dichos matrimonios quieran formar y ampliar su propia familia teniendo descendencia. El problema viene en que actualmente, la ciencia permite que ese hijo sea suyo biológicamente, lo “único” que necesita es una mujer que lo ayude para poder gestar a su bebé.

En el caso de dos mujeres es sencillo, acuden a una clínica y a través de inseminación artificial o FIV pueden quedar embarazadas. Pero y ¿en el caso de los varones? ¿No es discriminatorio para ellos no poder tener un hijo biológicamente suyo? ¿Tan malo o reprochable es que utilicen este método para poder ser padres? ¿O la paternidad es sólo un deseo, que no conlleva ningún derecho? ¿Existe el derecho a ser padres? ¿Por qué no recurren a la adopción?

Dependiendo del ángulo donde se mire, estemos a favor o en contra, tal y como dije al principio, pues no es un tema superfluo o fácil.

Algunos lo comparan con la donación de óvulos o semen, o con la misma donación de órganos, pero de este resultado nace un tercero que nada tiene que ver (aunque sea la razón principal) de la relación contractual que ha existido entre las dos partes (mujer gestante y padres comitentes). Un tercero que, obviamente, se verá afectado por esa relación.

La remuneración económica, es la manera que tienen los padres comitentes de “agradecer” a la mujer gestante los servicios prestados por los 9 meses (40 semanas) que dura el embarazo; por todos los inconvenientes y “deberes” que tiene que hacer una mujer embarazada; vida sana, sin estrés, una dieta equilibrada, algo de ejercicio..., ¿Realmente lo que se paga es eso? ¿Se paga el esfuerzo que hace la mujer durante todo el proceso del embarazo? ¿Se paga por este “servicio”? ¿o se paga, literalmente, por el bebé? (como algunos grupos hacen hincapié).

Las mujeres son las únicas que pueden llevar a cabo este “servicio”, ¿por qué no explotarlo? ¿Por qué no ganar dinero con su propio cuerpo, si además hacen felices y realizan el deseo de ser padres a otras personas? ¿Es tan malo moralmente, sacarle partido económico a nuestro cuerpo, si lo hacemos con plena y total libertad?

Con esto, encontramos argumentos en los que añaden que lo “moralmente reprochable” de esta práctica es el pago que se realiza a la mujer gestante, pues lo equiparan a la compra de un bebé.

Entonces, ¿está bien la gestación subrogada de manera altruista? ¿Qué garantías se tienen de que realmente eso sea así?

Argumentos a favor sobre la gestación subrogada altruista, en el ámbito familiar o cercano. ¿Y si yo no puedo gestar a mi bebé (por razones médicas) y mi madre o mi hermana se ofrecen a hacerlo?

Muchos son los casos, sobre todo en Reino Unido (se pueden encontrar en la prensa fácilmente) en los que alguna familiar se ha ofrecido para gestar el bebé de otro miembro de la familia de manera altruista y totalmente por amor. Abuelas que dan a luz a sus nietos, hermanas que dan a luz a sobrinos..., ¿Por qué, una mujer totalmente capaz y con pleno derecho de sus facultades, no puede ofrecer su vientre a alguien que quiere? ¿Nos tratamos, nosotras mismas como vasijas? ¿Cómo meros recipientes para gestar? ¿O realmente es un acto de amor y altruismo? Si se acepta esta práctica, ¿se verán obligadas

(de manera moral) las familiares de personas que no puedan gestar, a prestar su útero?

Es cierto que, dependiendo del país donde nos encontramos, la gestación subrogada puede ser una elección y un acto totalmente voluntario, pero ¿y en los países donde la población no tiene (y sobre todo la mujer) bastantes recursos económicos? Una reflexión que hace Michael Sandel es que el dinero que ganan estas mujeres gestantes en la India, es el mismo que ganarían en 15 años de trabajo, entonces, ¿cómo es posible negarse a tal práctica, cuando por nueve meses de trabajo les ofrecen tanto dinero? Con él, podrán sacar a su familia adelante, escolarizar a sus hijos, etc..., ¿Son realmente libres para decidir? ¿O están condicionadas de alguna manera? Es aquí cuando entran en juego las plataformas pro-mujeres, y efectivamente tienen razón cuando manifiestan que es un “mercado de úteros” o que existen “las granjas de mujeres gestantes”. Pues para mí, la libertad es un concepto clave para que una mujer se preste a realizar esta y cualquier otra actividad.⁵⁰

En ese sentido el Estado español, debería ejercer regulaciones que garanticen la inexistencia de explotación de aquellas mujeres que, producto de su vulnerabilidad económica o social, se encuentran actualmente expuestas. Y ello es así, debido a que el prohibicionismo existente en la materia, genera un éxodo de búsquedas en países económicamente desfavorecidos o con legislaciones laxas, que no contemplan los abusos ocasionados, encontrando justificación en el “libre mercado”, donde se desentienden de la gestante luego de haber parido.

Debemos asumir que la subrogación de vientres es un hecho. Niñ@s españoles nacen diariamente por este método en otro país... Es por ello que la única forma de detener ese éxodo caracterizado por la cosificación de la gestante, que las priva de todo sesgo de dignidad humana, solo puede encontrarse en la regulación de la subrogación en España. De tal forma, se les podrá garantizar a las mujeres que toman esa decisión los derechos y dignidad que hasta el momento les están siendo vedados.

50 Sandel, Michael (2012): *¿Hacemos lo que debemos?*, Barcelona, Ediciones de bolsillo, pp. 116-120.

- Bibliografía

Bascuñana Garde, Mónica: "Gestación subrogada: Aspectos emocionales y psicológicos en la mujer gestante", DILEMATA, Revista Internacional de Éticas Aplicadas, nº 28.

BOE-A-1979-24010. Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente. Documento web [https://www.boe.es/eli/es/ai/1950/11/04/\(1\)](https://www.boe.es/eli/es/ai/1950/11/04/(1))

BOE-A-1999-20638: Instrumento de Ratificación del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997. Documento web: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1999-20638>

BOE-A-1988-27108. Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (Ley 35/1988), documento web: <https://www.boe.es/eli/es/l/1988/11/22/35>

CARE: "Terremoto de Nepal: Mujeres embarazadas con necesidad urgente de asistencia", documento web <https://www.care.org/es/news-and-stories/press-releases/nepal-earthquake-pregnant-women-in-urgent-need-of-assistance-care-warns/>, recuperado 12/3/2023.

Chacón, F. (2018). "El Tribunal Constitucional portugués veta la Ley de Vientres de Alquiler". ABC, 25 de abril. Documento web https://www.abc.es/sociedad/abci-tribunal-constitucional-portugues-veta-ley-vientres-alquiler-201804251631_noticia.html

Department of Health and Social Care (2019): "The surrogacy pathway. Surrogacy and the legal process for intended parents and surrogates in England and Wales", documento web: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/843890/Surrogacy_guidance_for_intended_parents_and_surrogates.pdf

Duplá Marín, M^a Teresa (2021): "El principio *Mater semper certa est* ¿A debate? La nueva legislación sobre reproducción asistida y sus consecuencias", Universidades Ramón Llull y de Barcelona, *Fundamentos romanísticos del Derecho contemporáneo*, España, Universidad de La Rioja.

- Inhorn, M. C., y Gürtin, Z. B. (2011): "Cross-border Reproductive Care: a Future Research Agenda". *Reproductive Biomedicine Online*, 23(5), 665-676. doi: 10.1016/j.rbmo.2011.08.002.
- Kant, Immanuel (1983): *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Madrid, Espasa-Calpe, 8a edición.
- Miralles Aparisi, Ángela (2017): "Maternidad subrogada y dignidad de la mujer" en Cuadernos de Bioética XXVIII, Navarra, Universidad de Pamplona.
- Morero Beltrán, Anna María (2018): "Características de las familias creadas por gestación subrogada en el Estado español", Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, Papeles del CEIC. International Journal on Collective Identity Research, núm. 2.
- Nuño Gómez, L. (2020). *Maternidades S.A.* Madrid, La Catarata Libros.
- López y López, M. T; de Montalvo Jääskeläinen, F; Alonso Bedate, C; Bellver Capella, V; Cadena Serrano, F; de los Reyes López, M; Fernández Muñiz, P. I; Jouve de la Barreda, N; López Moratalla, N; Nombela Cano, C; Romeo Casabona, C; Serrano Ruiz-Calderón, J. M. (2017). "Informe del comité de bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada", Comité de bioética de España.
- Orden del Ministerio de Sanidad No.771. Documento web. <https://www.surrogacy365.com/es/destinos/ucrania/>
- Ortega Lozano, Ramón; Álvarez Díaz, Jorge; Herreros Ruiz Valdepeñas, Benjamín; Sánchez González, Miguel Ángel (2018): "Gestación subrogada: aspectos éticos", España, DILEMATA, Revista Internacional de Éticas Aplicadas, nº 28.
- Pastor Luis Miguel (2017): "Nota del Editor: La maternidad, su valor y sentido como núcleo del debate bioético sobre la maternidad subrogada" en *Cuadernos de Bioética*, España, Asociación Española de Bioética y Ética Médica, vol. XXVIII, núm. 2, mayo-agosto.
- Rabinowitz Abby: India has shut its borders to foreigners seeking surrogacy – purportedly to prevent the exploitation of poor women. But will this make matters worse?, 28 de abril 2016. Documento web: <https://www.theguardian.com/lifeandstyle/2016/apr/28/paying-for-baby-trouble-with-renting-womb-india>.
- Report on Sexual And Reproductive Health and Rights, Committee on "Women`s Rights and Gender Equality, European Parliament", 26 de septiembre de 2013, Ref. A7-

0306/2013, "As regards sexual and reproductive health and rights policy in the EEUU in general in number, Emphasises that surrogate motherhood represents a commodification of both women's bodies and children".

Sandel, Michael (2012): *¿Hacemos lo que debemos?*, Barcelona, Ediciones de bolsillo

van den Akker, O. (2007): "Psychosocial aspects of surrogate motherhood"; Life & Health Sciences, UK, Birmingham, Aston University, Human Reproduction Update, Vol.13, No.1.

Walker, R.; van Zyl, L. (2017): *Towards a professional Model of Surrogate Motherhood*. United Kingdom, London, Palgrave Macmillan.

Wilkinson, S. (2003): "The exploitation argument against commercial surrogacy". Biethics, p.17. Documento web: <http://doi.org/10.1111/1467-8519.00331>

Zurriarán, Roberto Germán: "La maternidad subrogada: ¿«solidaridad» o «explotación»?" en *Revista Medicina y Ética*, España, Universidad de la Rioja - Octubre-Diciembre 2019 - Vol. 30 - Num. 4.