

LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN ALTRUISTA NO ELIMINA EL ASPECTO CONTRACTUAL DE LA GESTACIÓN DEL ASÍ NACIDO

GESTATION BY ALTRUISTIC SUBSTITUTION
DOES NOT ELIMINATE THE CONTRACTUAL ASPECT
OF THE GESTATION OF THE ONE SO BORN

Rocío López San Luis

Profesora Titular de Derecho Civil. Universidad de Almería

RESUMEN

Este trabajo se centra en desmontar aquellos argumentos de quienes sostienen que la modalidad altruista de la gestación por sustitución no contra- viene el orden público internacional, apelando a la solidaridad entre muje- res y al libre desarrollo de la personalidad. Tras el análisis de la reciente sentencia de inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional portugués en relación a la regulación de la gestación por sustitución altruista, así como de los diferentes pronunciamientos del TEDH, y de doctrina relevante sobre la materia —el Informe del Comité de Bioética sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada—, considero que la gestación por sus- titución altruista no elimina el aspecto contractual de la gestación del así nacido; Además de atentar contra la dignidad de la mujer y del hijo, vulne- rándose normas de nuestro Ordenamiento jurídico. Por otra parte, los par- tidarios de una regulación sobre la gestación subrogada altruista no han encontrado la fórmula legislativa para proteger los intereses de la mujer gestante, los de los comitentes o padres intencionales y los de los niños na-

cidos mediante esta vía de reproducción asistida, sin que se vulneren derechos fundamentales. Ello invita a pedir prudencia al legislador a la hora de regular sobre esta materia tan delicada, teniendo en cuenta los intereses y derechos en juego.

Palabras clave: *Maternidad subrogada, gestación por sustitución, gestación subrogada, derechos de la mujer, derechos de los niños, interés superior del menor, derechos humanos, orden público.*

ABSTRACT

This work focuses on dismantling the arguments of those who maintain that the altruistic modality of gestation by substitution does not contravene international public order, appealing to solidarity between women and the free development of personality. After the analysis of the recent ruling of unconstitutionality of the Portuguese Constitutional Court in relation to the regulation of gestation by altruistic substitution, as well as the different pronouncements of the ECHR and of relevant doctrine on the matter (the Report of the Bioethics Committee on the ethical and legal aspects of surrogate motherhood), I believe that gestation by altruistic substitution does not eliminate the contractual aspect of the gestation of the baby so born, in addition to threatening the dignity of women and children and infringing on the rules of our legal system. On the other hand, the supporters of a regulation on altruistic surrogated pregnancy have not found the legislative formula to protect the interests of the pregnant woman, those of the intended parents and those of the children born through this way of assisted reproduction, without infringement of fundamental rights. Therefore we ask the legislator for prudence when regulating this sensitive matter, taking into account the interests and rights at stake.

Keywords: *Surrogate motherhood, gestation by substitution, surrogacy, women's rights, children's right, the best interest of child, humans rights, public order.*

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.
2. SITUACIÓN JURÍDICA EN ESPAÑA EN TORNO A LA REGULACIÓN DE LA GESTACIÓN SUBROGADA O POR SUSTITUCIÓN.
3. GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN EL DERECHO COMPARADO. ESPECIAL REFERENCIA A LA REGULACIÓN EN PORTUGAL.
4. ARGUMENTOS EN CONTRA DE LA REGULACIÓN DE LA GESTACIÓN SUBROGADA ALTRUISTA.
5. BIBLIOGRAFÍA.

Abreviaturas:

AP	Audiencia Provincial.
CC	Código Civil.
CDN	Convención de los Derechos del Niño.
CE	Constitución Española.
CEDAW	Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos.
<i>Cfr.</i>	Confróntese.
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado.
F/FF	Fundamento/s Jurídico/s.
FIV	Fecundación in vitro.
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil.
LPMA	Ley de Procreación Médica Asistida portuguesa.
LRC	Ley de Registro Civil.
LTRHA	Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida.
RC	Registro Civil.

RRC	Reglamento del Registro Civil.
SEF	Sociedad Española de Fertilidad.
STCP	Sentencia del Tribunal Constitucional portugués.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
TRHA	Técnicas de Reproducción Humana Asistida.
TS	Tribunal Supremo.
TSJ	Tribunal Superior de Justicia.

1. INTRODUCCIÓN

La regulación de la gestación por sustitución sigue siendo un tema muy controvertido tanto a nivel nacional como internacional, pues han sido muchos los organismos internacionales que teniendo en cuenta los convenios y protocolos internacionales sobre derechos humanos en relación a protección de mujeres, niños y niñas, han declarado que estas prácticas son ilegales atendiendo al orden público internacional, afirmando que se trata de una mercantilización, explotación y trata de las mujeres más vulnerables, así como un tráfico de niños.

Tanto es así que muchos de los países que en un principio habían admitido la gestación subrogada en la modalidad comercial, como el caso de India, Nepal o Tailandia, finalmente han terminado ilegalizándola, al no haber sido capaces de evitar el abuso sobre las mujeres más vulnerables ni garantizarles durante todo el proceso de gestación sus derechos más básicos, como una atención sanitaria adecuada; si bien todavía existen algunos países que siguen admitiendo esta práctica de gestación por sustitución en su modalidad comercial, no exenta de irregularidades, como es el caso de Rusia, Ucrania, Georgia y Canadá.

Aunque este trabajo se centra en desmontar aquellos argumentos de quienes sostienen que la modalidad altruista de la gestación por sustitución no contrae el orden público internacional, apelando a la solidaridad entre mujeres y al libre desarrollo de la personalidad. Tras el análisis de la reciente sentencia de inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional portugués en relación a la regulación de la gestación por sustitución altruista, así como de los diferentes pronunciamientos del TEDH, y de doctrina relevante sobre la materia —el Informe del Comité de Bioética sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada—, considero que la gestación por sustitución altruista no elimina el aspecto contractual de la gestación del así nacido; además de atentar contra la dignidad de la mujer y del hijo, vulnerándose normas de nuestro Ordenamiento jurídico como los artículos 10 y 15 CE, el artículo 1814 del CC y el artículo 10 de la LTRHA.

2. SITUACIÓN JURÍDICA EN ESPAÑA EN TORNO A LA REGULACIÓN DE LA GESTACIÓN SUBROGADA O POR SUSTITUCIÓN

Para desmontar las bondades de la gestación subrogada altruista, que nos pretenden vender aquellos que quieren su regulación es preciso hacer un análisis del marco jurídico español en torno a esta figura, teniendo en cuenta los pronunciamientos del TS, así como de la DGRN en relación a las inscripciones en el Registro Civil de los niños nacidos mediante las técnicas de gestación subrogada o por sustitución en países donde sí está permitida esta práctica de reproducción asistida. Asimismo, analizaremos la doctrina del TEDH, dado que España forma parte del Consejo de Europa y es la última instancia jurisdiccional en materia de derechos fundamentales.

La norma de la que partimos en España sobre la gestación subrogada o por sustitución es la del artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo de 2006, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (en adelante LTRHA)¹, donde se establece con total rotundidad su prohibición «1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o tercero. // 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación por sustitución será determinada por el parto. // 3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales».

La norma española es clara: nulidad absoluta de cualquier contravención en materia de gestación por sustitución, ya sea onerosa o gratuita. Es decir, el contrato de gestación es nulo de pleno derecho, sin importar que se haya llevado a cabo con ánimo de enriquecimiento, o por la vía del altruismo. Pues la nulidad no la determina el contenido, sino la propia naturaleza del objeto contractual². No obstante, a pesar de la citada regulación, algunas parejas —heterosexuales y homosexuales— y personas de manera individualiza han acudido a esta práctica con el único objetivo de gestar hijos, a sabiendas de que en España no está permitida, exigiendo, con posteridad, que los niños así nacidos sean inscritos como hijos suyos; es decir, que se determine la filiación e inscripción en el Registro Civil a través de los consulados españoles en los países en los que sí

¹ BOE núm. 126, de 27/05/2006. Esta Ley deroga la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida, y la Ley 45/2003, de 21 de noviembre.

² ÁVILA HERNÁNDEZ señala que «aunque no se estableciese la nulidad ex artículo 10 LTRHA, el contrato habría de ser igualmente de acuerdo a nuestro derecho civil, por inexistencia o ilicitud de la causa y porque su objeto ataca los principios de indisponibilidad del cuerpo humano y del estado civil de las personas», en «La maternidad subrogada en el Derecho comparado», *Cuadernos de Dereito Actual*, núm. 6 (2017), p. 318.

está permitido este tipo de gestación³. En definitiva, cometen en el extranjero un acto que es ilegal en España, y cuando el niño ya ha nacido le plantean el problema al Estado español, exigiéndole la inscripción de esos menores. Dicho de otra manera, pretenden crear un derecho a partir de una ilegalidad, alegando el principio del interés del menor⁴.

Por tanto, la situación actual es bastante compleja, aunque no debería serlo si nos ceñimos de manera rigurosa a la norma que regula la gestación por sustitución (art. 10 LTRHA). Y digo que es compleja porque hay un número considerable de niños que están naciendo bajo estas prácticas y a quienes se les está permitiendo por parte del Estado español la inscripción de filiación a través de los Registros Civiles Consulares⁵. Y todo ello porque a todas luces han encontrado la norma de cobertura para cometer un fraude de ley —en concreto el párrafo 3 del artículo 10 LTRHA—, que les debería igualmente llevar a la citada nulidad, amparados en uno de los Fundamentos de la STS de 6 de febrero de 2014 (F.5-11) y la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010⁶. Pronunciamientos a los que haré referencia con posterioridad.

La disparidad de pronunciamientos ha provocado que diferentes sectores, asociaciones y partidos políticos requieran una regulación sobre la gestación por sustitución, partiendo de las siguientes premisas: que el legislador tiene que atender a los cambios sociales; que con una regulación sobre ésta se evitaría el turismo gestacional; y que se protegerían los derechos fundamentales tanto de la mujer gestante como de los menores nacidos mediante esta vía de reproducción humana asistida.

³ PERTUSA RODRÍGUEZ, L., «Dimensión consular de la gestación por sustitución en Derecho internacional privado», *Cuadernos de Derecho Transnacional* (octubre 2018), vol., núm. 2., pp. 597-614.

⁴ Como bien ha señalado FERNÁNDEZ MUÑOZ, P. I., «estamos ante uno de los temas bioéticos más controvertidos del momento por su carácter disruptivo sobre el modo en que ha sido entendida y regulada históricamente la relación materno-filial, planteándose la posibilidad legal de disociar la gestación de la maternidad», en «Gestación subrogada, ¿cuestión de derechos?», en RODRÍGUEZ DELGADO, Janet, Vulnerabilidad. Justicia y saludo global. *Dilemata. Revista Internacional de Éticas aplicadas*, núm. 26, p. 28.

⁵ VAQUERO PINTO, M.^a J., afirma que «... (existe) una respuesta dispar por parte de la DGRN (que la permite bajo ciertos presupuestos) y del TS (que la rechaza). No obstante, el hecho de que en muchos supuestos hayan accedido —y siguen accediendo— a los Registros Civiles Consulares ha favorecido la artillería de razonamientos empleada para facilitar el reconocimiento de las decisiones extranjeras, basadas fundamentalmente en la protección del interés del menor, según esgrima para propugnar la admisión y regulación de la gestación por sustitución en España; sumando, además, el argumento de que carece de sentido que los nacionales deban recurrir a los servicios de clínicas extranjeras, para conseguir lo mismo que prohíbe nuestros ordenamientos así como el de la discriminación de quienes carecen de recursos económicos para seguir el mismo camino», en «Filiación por naturaleza no derivada de las relaciones sexuales, ¿Debe admitirse y regularse la gestación por sustitución?», comunicación presentada en las XX Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho civil, 28 de septiembre de 2018, p. 4.

⁶ BOE de 7 de febrero de 2010.

Los partidarios de su regulación en España se decantan por la modalidad de gestación por sustitución altruista, tomando como referencia la ley portuguesa —aunque como veremos el Tribunal Constitucional portugués (en adelante TCP) ha declarado inconstitucional parte de su contenido—. Si bien, tal y como voy a dejar de manifiesto a lo largo del trabajo, todos los argumentos jurisprudenciales, doctrinales y éticos en contra de regular esta práctica se deben mantener a pesar de la gratuidad en la contravención de la gestación, pues dicha modalidad no elimina el aspecto contractual de la gestación del así nacido siendo, por tanto, este plano convencional o contractual del proyecto parental el que nos proporciona argumentos sólidos en contra de la maternidad subrogada altruista.

La sentencia del TS de referencia ha sido sin lugar a dudas la de 6 de febrero de 2014, que junto con el artículo 10 LTRHA hubiese sido más que suficiente para no inscribir en los registros civiles consulares a los niños nacidos mediante estas prácticas en el extranjero, si no fuese por la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la DGRN y la Circular de 11 de julio de 2014⁷; en virtud de las cuales se está permitiendo la inscripción de la filiación respecto de aquellos hombres que han aportado gametos en la gestación por sustitución, al poder reclamar su paternidad mediante un análisis de ADN (art. 10.3.º LTRHA). Posibilidad que se le niega a la madre intencional que aporte su óvulo, porque según nuestro Ordenamiento jurídico la filiación materna se determina por el parto (art. 10.2.º LTRHA).

Para analizar los Fundamentos de la STS de 6 de febrero de 2014 que dieron lugar a la desestimación del recurso interpuesto por unos cónyuges de Valencia contra la sentencia de la Audiencia Provincial que, confirmando la anterior del Juzgado de Primera Instancia, dejaba sin efecto la inscripción del nacimiento de dos menores en el Registro Consular español de Los Ángeles y ordenaba la cancelación de la inscripción, fijaremos los hechos⁸.

El problema surgió cuando dos varones españoles casados entre sí solicitaron en el Registro Civil Consular de Los Ángeles (California) la inscripción del nacimiento de dos hijos nacidos el 24 de octubre de 2008 mediante gestación por sustitución, siendo denegada dicha inscripción en base a lo dispuesto en el artículo 10 de la LTRHA de 2006. Ante tal negativa, los solicitantes interpusieron recurso ante la DGRN, que dictó Resolución con fecha de 18 de febrero de

⁷ VÁZQUEZ MUIÑA, T., «No se puede inscribir en el Registro civil español la filiación surgida en el extranjero mediante gestación por sustitución. Comentario a la STS de 6 de febrero de 2014», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, IDIBE, núm. 8 (febrero 2018), pp. 80-96.

⁸ Sobre el análisis de la STS de 6 de febrero de 2014 (RJ 2014, 833), y, en concreto, el voto particular, véase DÍAZ ROMERO, M.^º del R., *Autonomía de voluntad y contrato de gestación subrogada: Efectos Jurídicos*, 2018, pp. 14-20; también véase ÁVILA HERNÁNDEZ, C. J., «La maternidad subrogada en el Derecho comparado», *Cuadernos de Derecho Actual*, núm. 6 (2017), pp. 321-325.

2009⁹ estimando el recurso y ordenando que se procediera a la inscripción del nacimiento de los menores en el RC, tal y como constaba en la certificación expedida por el Condado de San Diego. Por su parte, el Ministerio Fiscal impugnó la resolución de la DGRN ante los Juzgados de Valencia, argumentando que la inscripción efectuada por el Registro Civil Consular contravenía el orden público español (art. 10 de la LTRHA). El Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Valencia estimó la demanda interpuesta por el Ministerio Fiscal, dejando sin efecto la inscripción de nacimiento por ella realizada en el Registro Civil Consular de Los Ángeles. Con posterioridad, los padres intencionales interpusieron recurso de apelación contra dicha sentencia, que fue desestimada por la sentencia de la AP de Valencia núm. 826/11, de 23 de noviembre, contra la que los mismos recurrentes presentaron recurso de casación, desestimado por la Sentencia objeto de análisis.

Los argumentos para denegar el reconocimiento de la filiación y así desestimar el único motivo del recurso en el que se alegaba infracción del artículo 14 de la CE por vulneración del principio de igualdad en relación con los derechos de identidad única de los menores y el interés superior de los menores son los siguientes:

El TS entiende que el hecho inscrito incumple el orden público internacional, que actúa como límite al reconocimiento de las decisiones de las autoridades extranjeras. Considera que para que se produzca este reconocimiento de la certificación del registro extranjero deben cumplirse, según el artículo 23 de la LRC, dos requisitos: en primer lugar, que el registro tenga garantías análogas a las exigidas para la inscripción en la ley española en cuanto a los hechos de que da fe. El segundo consiste en que el hecho inscrito respete la legalidad conforme a la Ley española. Y esto sucede cuando el hecho certificado por la autoridad extranjera respeta las normas, principios y valores que encarnan el orden público internacional español¹⁰.

⁹ RJ 2009/1735.

¹⁰ Para el TS ese orden público está integrado por los derechos fundamentales y los principios contenidos en el Título I de la CE, en la medida en que regulan aspectos fundamentales de la familia, y dentro de ella las relaciones paterno-filiales, formando parte del mismo, entre otros, el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 10. 1.º CE), el derecho a contraer matrimonio (art. 32 CE), el derecho a la intimidad familiar (art. 18. 1.º CE), la protección de la familia, la protección integral de los hijos, la igualdad de estos ante la ley —con independencia de la filiación y cualquiera que sea su estado civil— (art. 39 CE). También forma parte de este orden público la protección a la infancia (art. 39 CE), así como el derecho a la integridad física y moral de las personas (art. 15 CE), sin olvidar el respeto a su dignidad, que constituye uno de los fundamentos constitucionales del orden político y de la paz social. Pues bien, en base al respeto a la dignidad personal, como fundamento de los derechos de la persona y límite de cualquier actuación, el citado Tribunal justifica la denegación de la inscripción de los niños nacidos mediante una gestación por sustitución en el Registro Civil español. *Cfr.* Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada.

Por otra parte, el TS entiende que si bien, actualmente, la legislación no establece el hecho biológico como fuente exclusiva de la filiación, no puede aceptarse que se vulnere la dignidad de la mujer gestante y del niño, «mercantilizando la gestación y la filiación», «cosificando» a la mujer gestante y al niño, permitiendo que determinados intermediarios realicen negocios con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza, y creando una especie de «ciudadanía censitaria» en la que solo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría de la población (F 6).

Otros de los argumentos que esgrime el TS para desestimar el recurso y denegar el reconocimiento de la filiación de los hijos obtenidos mediante la gestación por sustitución en Los Ángeles es que el no permitir la inscripción en el RC español no resulta discriminatorio, dado que *«los argumentos expuestos en la sentencia recurrida muestran con claridad que la causa de la denegación de la inscripción de filiación no es que los solicitantes sean ambos varones, sino que la filiación pretendida trae causa de una gestación por sustitución contratada por ellos en California»* (cfr. F 4), y que, por tanto, la respuesta hubiese sido la misma en el caso de que la inscripción hubiese sido solicitada por un matrimonio homosexual de mujeres, un matrimonio heterosexual, una pareja de hecho o una sola persona, varón o mujer.

A su vez, los recurrentes alegan que se ha vulnerado el interés superior del menor, pues no se ha tenido en cuenta que ellos son los mejores padres que los menores pueden tener y que la madre gestante renunció a su filiación, limitándose exclusivamente a cumplir lo pactado en el contrato de gestación. En este punto el TS responde que si los argumentos de los recurrentes se aceptaran sin más llevaría a admitir la determinación de la filiación a favor de personas de países desarrollados en buena situación económica que hubieran conseguido que les fuera entregado un niño procedente de familias desestructuradas o zonas depauperadas, haciendo «tabla rasa» de cualquier vulneración de los demás bienes jurídicos tomados en consideración por el ordenamiento nacional e internacional (cfr. F 5). Es más, la concreción de dicho interés debe hacerse tomando en consideración los valores asumidos por la sociedad como propios, contenidos en las reglas legales y en los principios que inspiran la legislación nacional y las convenciones internacionales; ocupando, entre ellos, un lugar relevante la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, que exige evitar la explotación del estado de necesidad de mujeres en situación de pobreza e impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación.

Por todo ello, el TS estima que determinar la filiación a favor de quien realiza el encargo mediante un contrato de gestación supone un atentado contra la dignidad del menor al convertirlo en objeto del tráfico mercantil; concluyendo que

para proteger su dignidad procede impedir la inscripción de la filiación a favor de los padres de intención, puesto que nuestro Ordenamiento jurídico considera perjudicial para el menor mantener una determinada filiación que no se ajuste a los criterios legales para su fijación.

Tampoco considera el Tribunal que se vulnere el derecho a la identidad única, dado que este no es un caso en que el menor tenga vinculación efectiva con dos estados distintos. Los padres acudieron a California solo porque allí es posible concertar un contrato de gestación por sustitución con la determinación de la filiación a su favor, lo que está prohibido en España.

En relación a la vulneración del derecho al respeto de la vida familiar, el artículo 8 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (en adelante CEDH), el TS justifica la injerencia en el ámbito de la vida familiar que supone la denegación del reconocimiento de la filiación, porque no se respeta el orden público internacional en el reconocimiento de decisiones de autoridades extranjeras, y tampoco que sea necesaria en una sociedad democrática, puesto que protege el interés del menor y otros bienes jurídicos de trascendencia constitucional como son «*el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, evitar la explotación de necesidad en que puedan encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza, o impedir la mercantilización de la mujer y de la filiación*» (F 10).

En definitiva, el TS fundamenta la denegación de la inscripción en el contenido del artículo 10 de la LTRHA, entendiendo que mediante dicha disposición se protege y respeta la dignidad humana, tanto de la mujer gestante como del nacido, que está en la base del orden social.

Sin embargo, el TS apunta una posible salida a la situación que haga posible establecer la paternidad registral de los padres de intención, al recordar que la LTRHA deja a salvo la acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, pues es consciente de que la decisión adoptada no es intrascendente para la protección de los menores. Ahora bien, dicha protección no puede lograrse aceptando, según el Tribunal, acríticamente las consecuencias del contrato por sustitución, sino partiendo de leyes y convenios aplicables en España, para lo que invoca la doctrina del TEDH al interpretar el art. 8 del CEDH (caso Wagner c. Luxemburgo, sentencia de 28/06/07), considerando que allí donde está establecida una relación con un niño el Estado debe actuar con el fin de permitir que este vínculo se desarrolle y otorgar la protección jurídica que haga posible la integración del niño con la familia. Este razonamiento lleva al TS a incorporar un punto tercero en el fallo de la sentencia instando al Ministerio Fiscal a que ejercite las acciones pertinentes para determinar, en la medida de lo

posible, la correcta filiación de los menores y su protección, teniendo en cuenta su efectiva integración en un núcleo familiar *de facto*¹¹.

Como he manifestado con anterioridad, el TS y la DGRN mantienen posturas encontradas. Si bien, antes de analizar la posición que mantiene la DGRN frente a la doctrina establecida por el TS, es preciso señalar que los supuestos sobre los que se ha tenido que pronunciar este Centro Directivo se refieren únicamente a situaciones en las que la relación de filiación ya había sido establecida en el extranjero y con posterioridad se pretendía su inscripción en el RC español mediante la presentación de un título acreditativo de dicha filiación¹²; no habiendo tenido que dar todavía respuesta a supuestos en que los comitentes o padres intencionales acuden a nuestras autoridades registrales para solicitar la inscripción del nacimiento del menor por declaración¹³.

La posición de la DGRN trae causa de la Resolución de 18 de febrero de 2009 (RJ 2009, 1735), que delimita el asunto por la vía del reconocimiento de las certificaciones extranjeras (art. 81 RRC), identificándolo como una cuestión de «*validez extraterritorial de decisiones extranjeras en España*», sin tener en cuenta el artículo 23 de la LRC, que exige la realidad y legalidad del hecho inscrito conforme a la Ley española. Esto es, la DGRN identificó el título extranjero cuya inscripción se pretendía —una certificación registral californiana— y, tras considerar que constituía título suficiente para el acceso al RC español,

¹¹ Cfr. FF 5-11. Véase también *Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada en España*, p. 50.

¹² Sobre inscripción en el Registro Civil español de filiación a través de gestación subrogada realizada en países permisivos, véase DÍAZ ROMERO, M.^º del R., *Autonomía de voluntad y contrato de gestación subrogada: Efectos Jurídicos*, op. cit., pp. 25-43.

¹³ Según HEREDIA CERVANTES, «*esta precisión resulta especialmente importante para contestar a algunas de las objeciones que se han hecho a la posición de la DGRN, en las que se acusa al Centro Directivo de no haber tenido en cuenta ni en la Resolución de 18 de Febrero de 2009, ni en la posterior Instrucción de 5 de Octubre de 2010 la regla contenida en el artículo 10.1.º de la LTRHA que niega cualquier tipo de efecto a los contratos de gestación por sustitución y cuya aplicación debería haber conducido a la denegación de la inscripción en España de las relaciones de filiación establecidas en el extranjero. Si bien, el citado autor no comparte las objeciones expuestas, pues considera que es necesario tener presente que en todos aquellos casos en los que se pretenda la inscripción en España de relaciones de filiación derivadas del empleo de técnicas de gestación por sustitución establecidas ya ante una autoridad extranjera, las normas que deben aplicar nuestras autoridades son, única y exclusivamente, las que regulan la inscripción en España de títulos extranjeros y no las normas de conflicto contenidas en el art. 9. 4.º del CC*». Lo que se invoca ante nuestras autoridades registrales, según este autor, «*es una relación jurídica establecida al amparo de un ordenamiento extranjero, o por ser más exactos, el título extranjero que acredita la filiación. Por tanto, se trata de supuestos en los que una autoridad nacional habrá aplicado previamente un determinado ordenamiento jurídico para constar si realmente se verificaron en su momento todas las condiciones necesarias para atribuir la paternidad de los comitentes y en los que lo único que deberán hacer nuestras autoridades registrales es determinar si se permite que ésta despliegue o no efectos en España, es decir, reconocerla u oponerse a su reconocimiento mediante la aplicación de las normas relativas a la eficacia registral de dichos títulos en nuestro país*», en «La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución», ADC, tomo LXVI (2013), pp. 694 y 695.

admitió su inscripción. El contenido de dicha resolución se centra en ignorar que lo que se pretendía realmente era dar eficacia en España a una certificación registral extranjera que tenía su origen y fundamento en una previa resolución judicial dictada también fuera de España que, al margen de convalidar o atribuir efectos a un contrato de gestación por sustitución, establecía una relación de filiación a favor de un nacional y excluía a la madre gestante y biológica, lo que implica *de facto* que es tal decisión judicial la que está llamada a desplegar efectos en España y convirtiéndose es en título inscribible no ya la mera certificación registral, sino la resolución judicial de la que trae causa¹⁴. Esta Resolución tuvo prácticamente el rechazo de toda la doctrina, además de ser anulada, como se dijo con anterioridad, por la sentencia de la AP de Valencia de 23 de noviembre de 2011, que confirmó la del Juzgado de 1.ª Instancia núm. 15 de Valencia el 15 de septiembre de 2010.

Con posterioridad, la DGRN emitió la Instrucción de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, modificando su posición actual, en la que se establecen los criterios que determinan las condiciones de acceso al RC¹⁵. La Instrucción distingue dos supuestos en el reconocimiento de las resoluciones judiciales extranjeras. Como regla general es necesario el exequátur —salvo aplicación de convenio internacional—. Sin embargo, cuando la resolución judicial extranjera tenga su origen en un procedimiento análogo a uno de jurisdicción voluntaria, el encargado del RC realizará un control incidental en el que deberá constatar una serie de requisitos, entre los que no figura la conformidad con el orden público español¹⁶.

¹⁴ Según HEREDIA CERVANTES, «... en la medida en que la inscripción basa su existencia en la resolución judicial o, por decirlo de otro modo, en la medida en que la inscripción se limita a plasmar una realidad jurídica —en concreto, una relación de filiación establecida previamente ante una autoridad judicial extranjera—, el reconocimiento de la decisión judicial se convierte en un trámite previo e imprescindible para lograr el acceso al Registro español de tales relaciones de filiación, (...) la existencia de una decisión judicial y, sobre todo, su contenido, es el elemento esencial que nuestras autoridades registrales deben tener presentes al decidir si permiten o no el acceso al registro de una relación de filiación establecida en California, (art. 83 RRC)», *op. cit.*, p. 698.

¹⁵ Sobre el análisis de la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, véase SALMERÓN MANZANO, E., «La maternidad subrogada en España: posible regulación legal de un contrato nulo», en MARTOS CALABRÚS, M. A. (dir.) y BASTANTE GRANELL, V. (coord.), *En torno a la filiación y a las relaciones paterno filiales*, Comares, Granada, 2018, pp. 33-35.

¹⁶ Ello supone en la práctica el control de cuatro circunstancias: autenticidad de la resolución, eficacia y carácter definitivo de esta competencia judicial internacional de la autoridad de origen y, finalmente, no contrariedad con el orden público español. De este modo solo cabrá el reconocimiento incidental de la resolución extranjera como exigencia previa a la inscripción cuando el encargado del Registro constate: a) la regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualesquiera otros documentos que se hubieran presentado; b) que la resolución judicial es firme y que los consentimientos prestados son irrevocables, o bien, si estuvieran sujetos a plazo de revocabilidad conforme a la legislación extranjera aplicable, que este hubiera transcurrido, sin que quien tenga reconocida facultad de revocación la hubiera ejercitado; c) que el Tribunal de origen basó su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española.

Por otro lado, advierte que «*en ningún momento se admitirá como título apto para la inscripción del nacimiento y la filiación del nacido una certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en que no conste la identidad de la madre*».

Podemos decir que la Instrucción, que limita su ámbito de actuación únicamente a aquellos supuestos en los que se pretenda la inscripción en España de una relación de filiación derivada de la gestación por sustitución previamente establecida por una autoridad extranjera, se vertebra en torno a dos objetivos esenciales. El primero es lograr la plena protección jurídica del interés del menor, para lo cual recurre a su vez a tres instrumentos: de un lado, se pretende habilitar los medios necesarios para que la filiación tenga acceso al RC español cuando uno de los progenitores sea de nacionalidad española, como vía de reconocimiento a efectos registrales de su nacimiento; en segundo, se intenta evitar que con la inscripción registral se dote de apariencia de legalidad a supuestos de tráfico internacional de menores. Finalmente, se trata de garantizar el derecho del menor a conocer su origen biológico (art. 7 de la CDN, art. 12 de la Ley de Adopción Internacional y STS de 21 de septiembre de 1999). El segundo de los objetivos perseguidos consiste en asegurar la protección de las mujeres que se prestan a dicha técnica de reproducción y renuncian a sus derechos como madres, garantizando que otorgaron su consentimiento con total libertad.

Por tanto, para la consecución de dichos objetivos, la Instrucción de 5 de octubre de 2010 establece ahora 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 en la que se determine la filiación del recién nacido. Lo que supone que, en todos aquellos casos en los que la relación de filiación hubiera sido determinada en el extranjero a través de una resolución judicial, el título inscribible y el que, por tanto, debería superar los requisitos establecidos en nuestra legislación registral sería este último, y no una eventual certificación registral que trajera causa de aquella. En cuanto a aquellos casos en los que la relación de filiación no hubiera sido establecida mediante una previa resolución judicial, la filiación no resultaría inscribible ni mediante certificación registral ni mediante declaración¹⁷.

Finalmente, y después de la STS de 6 de febrero de 2014 (RJ 2014, 833), que como ya hemos visto resolvió en contra de la inscripción, la DGRN emitió una Circular con fecha 11 de julio de 2014, ordenando la inscripción de las filiaciones derivadas de gestación por sustitución conforme a la Instrucción de 5 de octubre de 2010, por entender que dicha sentencia no afectaba a su aplicación, ya que

¹⁷ Sobre el análisis de la Instrucción de 5 de octubre de 2010, así como las críticas a la misma, véase HEREDIA CERVANTES, *op. cit.*, pp. 703 y ss.

se refería a un supuesto en el que se pretendía la mera transcripción de una certificación registral. De modo que sigue siendo referente de los Registros consulares¹⁸. Aun así, parte de la doctrina considera que el hecho de que la DGRN abra una puerta trasera y contraria a la LTRHA vulnera los principios generales del Derecho y la deseable seguridad jurídica que dicha Instrucción afirma preservar, ya que la LTRHA, en el artículo 10.2., dispone expresamente: «*la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto*»¹⁹.

Como alternativa a la exigencia de resolución judicial, la DGRN hace referencia en su Circular a la vía que abrió la STS de 6 de febrero de 2014 (FF 5-11), para defender que el menor no quedaba desprotegido ante la negativa al reconocimiento de la transcripción. Dicha solución pasa por que el padre biológico intente dicha inscripción por los medios ordinarios regulados por el art. 10.3.º LTRHA y los arts. 764 y siguientes de la LEC (filiación de padre biológico), y/o acudan a las figuras de la adopción o del acogimiento cuando no hubiere vínculo genético²⁰.

De suma importancia es la doctrina del TEDH²¹, tras las sentencias *Menesson C. Francia, Labassee c. Francia* (junio 2014) y *Paradiso y Campanelli c. Italia* (2015-2017). En el primero de los casos el Tribunal se pronunció de manera conjunta. Se trataba de dos matrimonios franceses que no podían llevar a cabo su proyecto parental, debido a la infertilidad de las respectivas esposas. Decidieron trasladarse a EE.UU. para recurrir a la Fecundación In Vitro (En adelante FIV) con gametos de los respectivos maridos y óvulos procedentes de donantes. Al regresar a Francia, les fue denegada la inscripción de las recién nacidas en base al artículo 16 del *Code civil*. Tras agotar sin éxito la vía judicial en Francia, presentaron demanda ante el TEDH, invocando violación del art. 8 de la CEDH, dado que la no inscripción constituía una injerencia al respeto de su vida familiar. El Tribunal, que como hemos dicho resolvió simultáneamente ambos recursos, declaró la inexistencia de violación del citado precepto en relación al derecho a la vida familiar, en cambio sí consideró que se produjo una infracción del derecho a la vida privada de los hijos en base, entre otras razones, al principio

¹⁸ VAQUERO PINTO, M.ª J., *op. cit.*, pp. 5-7.

¹⁹ SALMERÓN MANZANO, E., «La maternidad subrogada en España: posible regulación legal de un contrato nulo», *op. cit.*, p. 35.

²⁰ LACZO MORATINOS, G., *Construyendo un diálogo: Gestación por sustitución*, Trabajo de Fin del Máster en Derecho Sanitario, CEU-Universidad San Pablo, p. 10.

²¹ Sobre la gestación por sustitución en la jurisprudencia del TEDH, véase, entre otros, SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C., «Gestación por sustitución: una realidad y dos soluciones en la experiencia jurídica española», *InDret* (octubre de 2018), pp. 15-17; SIMÓN YARZA, F., «Gestación subrogada o vientres de alquiler: reflexiones a la luz del Derecho comparado y de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista General de Derecho Constitucional* 25 (2017), pp. 2-23.

del interés del menor. El TEDH reconoce que *«los Estados firmantes de la CEDH disponen de un “margen de apreciación importante” acerca de lo que es “necesario” en una sociedad democrática para alcanzar esos objetivos. Pero dicho margen debe ser reducido, matizado o relativizado cuando el problema se refiere a filiación, en la medida en que constituye un aspecto esencial de la identidad del niño»*. Por ello, considera que el no reconocimiento de la filiación en favor de los padres intencionales no solo tiene consecuencias sobre ellos, sino que también las tiene respecto del menor, al resultar afectado el derecho a su vida privada garantizado por la Convención, pues este derecho implica que cada uno pueda configurar la *«sustancia de su identidad»*, comprendida en ella la filiación. Se origina, por tanto, un problema de compatibilidad con el interés superior del niño, interés que debe guiar cualquier decisión que le concierna y que debe resolverse en favor de este último. Por todo ello, el TEDH entiende que el Estado francés, a través de los tribunales franceses, al negar el reconocimiento del vínculo de filiación a las niñas con sus padres de intención, ha ido más allá de lo que permite el margen de discrecionalidad, imposibilitando un aspecto esencial de la identidad de las niñas como es su filiación y, consecuentemente, su nacionalidad, lo que supone una violación de su derecho a la vida privada familiar. En definitiva, el TEDH condena al Estado francés a que deje sin efectos sus resoluciones denegatorias y proceda a las inscripciones solicitadas.

Pocos meses después de las sentencias *Menesson* y *Labassee*, el TEDH dictó la sentencia *Paradiso y Campanelli c. Italia*. El caso tiene su origen en un matrimonio italiano con problemas de infertilidad que contrató una gestación por sustitución en Rusia. El nacimiento del hijo se inscribió en Rusia como hijo de ambos progenitores, sin mencionar el contrato del que traía causa. Realizadas las pruebas de paternidad, se constató que el señor *Campanelli* no era el padre. Estos motivos, junto con la omisión de referencia al contrato de gestación por sustitución y la no vinculación genética, dieron lugar a que el Estado italiano actuara contra el matrimonio por alteración del estado civil y aportación de documentos falsos. Finalmente, el menor fue dado en adopción. Los padres, al igual que en los casos anteriores, tras agotar la vía judicial italiana, acudieron al TEDH. En un primer momento, el citado Tribunal consideró que había existido violación del art. 8 de la CEDH, condenando a Italia al pago de una multa, sin disponer el regreso del niño con el matrimonio *Campanelli*, pues había dejado de convivir con ellos a los cinco meses de su nacimiento; si bien Italia recurrió la sentencia a la Gran Sala y esta fue la primera vez que se pronunciaba sobre la materia, en enero de 2017. Los argumentos son los siguientes: a) que teniendo en cuenta la corta duración de la relación y la incertidumbre de los vínculos jurídicos no se puede llegar a verificar la existencia de *«vida familiar»* en los términos del art. 8 de la CEDH; b) que la conducta de los recurrentes viola la legislación sobre adopción y técnicas de reproducción artificial de Italia; c) que

corresponde a Italia la competencia exclusiva en el reconocimiento de las relaciones de filiación, que en este Estado se sostiene sobre la base del vínculo biológico o la adopción legal; d) que la Gran Sala entiende que los tribunales italianos realizaron un balance justo entre los intereses en juego y actuaron dentro del margen de apreciación nacional, cuando concluyeron que la separación del niño respecto de los comitentes no le produciría un daño grave e irreparable. La sentencia pone de manifiesto que en la maternidad subrogada internacional no existen los hechos consumados, como si los jueces no tuvieran otra opción que admitir las filiaciones de los hijos obtenidos en el extranjero en violación de las normas internas de los países.

Teniendo en cuenta las sentencias dictadas por el TEDH, el TS volvió a pronunciarse tras la admisión a trámite del incidente de nulidad de actuaciones, que daría finalmente lugar al Auto de 2 de febrero de 2015²². La opinión mayoritaria de la Sala, en consonancia con el informe del Ministerio Fiscal, ahonda en las diferencias entre los casos resueltos por la justicia francesa y el resuelto por la justicia española; se pronuncia en el sentido de que la *Cour de Cassation* había rechazado cualquier otra vía por la que el ordenamiento francés pudiera reconocer filiación de menores y derechos adscritos a ésta mientras que el TS había reconocido soluciones alternativas para establecer la filiación de acuerdo, o bien con el hipotético vínculo genético de uno de los cónyuges (vía art. 10.3.º de la LTRHA), o bien con la situación familiar *de facto* (vía adopción o acogimiento).

En definitiva, el TS confirma que el orden público internacional español impide transcribir al RC español la filiación de un menor nacido en virtud de la técnica de gestación por sustitución determinada por autoridad registral extranjera. Aunque, y esto es lo sorprendente, no impide que dicha filiación se determine por otras vías —filiación del padre biológico, adopción, acogimiento—. A todas luces parece entenderse que el reconocimiento de la filiación deriva en realidad de un problema procesal-formal, y no material —la técnica de reproducción asistida por la que nació el menor—. Este argumento vendría reforzado por la propia DGRN, en su consulta de 11 de julio de 2014, cuando indica que la instrucción DGRN de 5 de octubre de 2010 sigue en plena vigencia a pesar de la STS de 6 de febrero de 2014²³.

Recientemente el TEDH, en sentencia de 24 de enero de 2017²⁴, se ha manifestado de nuevo sobre el tema aludiendo al orden público del Estado concreto y la defensa del interés del menor para denegar las inscripciones registrales de

²² Roj: ATS 335/2015.

²³ LACÓZ MORATINOS, *op. cit.*, p. 11.

²⁴ JUR 2017, 25806.

filiación por esta vía. Doctrina que el TSJ de Madrid, en sentencia de 13 de marzo de 2017, aplica.²⁵

3. GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN EL DERECHO COMPARADO. ESPECIAL REFERENCIA A LA REGULACIÓN EN PORTUGAL

Brevemente me referiré a aquellos países donde la gestación subrogada se encuentra regulada, centrandó mi interés en Portugal, pues, aunque se aprobó dicha figura por la Ley núm. 32/2006, de 26 de julio, tras la Ley 25/2016, de 22 de agosto, que regula el acceso a la gestación por sustitución, finalmente, parte de su contenido ha sido declarado inconstitucional por la STCP núm. 225/2018, publicada en el Diario de la República de 7 de mayo de 2018.

Por tanto, me centraré en la reciente regulación en Portugal, así como en los argumentos esgrimidos por su Tribunal Constitucional para, con posterioridad, hacer una comparativa con el Proyecto no de Ley que propuso el Grupo Parlamentario Ciudadanos, e ir desmontando los argumentos defensivos de la regulación de la gestación por sustitución altruista en España. Pues, como ya se ha puesto de manifiesto, la simple contravención en torno a la gestación implica una mercantilización de la mujer, que no explotación, así como la cosificación del niño, siendo totalmente contraria al orden público internacional²⁶.

Los ordenamientos jurídicos internacionales que regulan la gestación subrogada se caracterizan por su enorme diversidad. Las opciones van desde la prohibición absoluta hasta la libertad total, pasando por una serie de situaciones intermedias²⁷.

Aquellos sistemas que mantienen la prohibición total apelan a razones de todo tipo, como: la indisponibilidad del cuerpo humano, el concepto de dignidad humana, o ser contrario al orden público internacional, entre otros. Los sistemas

²⁵ STSJ de Madrid, núm. 209/2017, de 13 de marzo. JUR 2017.

²⁶ En el mismo sentido LÁZARO PALAU, cuando afirma que «*la comercialización del cuerpo humano es consustancial a la maternidad subrogada y, tanto el cuerpo femenino como el niño, entran por esa vía en la economía de mercado. La patrimonialización del niño y de la mujer constituye un fenómeno que debería interesar a los sociólogos marxistas con la finalidad de analizar las condiciones materiales de explotación y reproducción. El estado de necesidad y las presiones sociales, afectivas y económicas de que son objeto las madres gestantes hacen dudosa su libertad de consentimiento y una vez éste es irrevocable*», en «*Reflexiones en torno a la maternidad subrogada*», en MARTOS CALABRÚS, M. A. (dir.) y BASTANTE GRANELL, V (coord.), *En torno a la filiación y a las relaciones paterno filiales*, Comares, Granada, 2018, pp. 23-24.

²⁷ Para un estudio pormenorizado del Derecho comparado, véase, DÍAZ ROMERO, M.^a del R., *Autonomía de la Voluntad y contrato de Gestación Subrogada: Efectos Jurídicos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018.

más permisivos reclaman la autonomía de la persona y, en concreto, de la mujer a decidir sobre su propio cuerpo. Y los que defienden una postura intermedia invocan la solidaridad entre las mujeres, con independencia de si los contratos de gestación son gratuitos u onerosos o, dicho de otra manera, altruistas o comerciales

Rusia, Ucrania y Georgia son algunos de los países más permisivos. Entre los que está aceptada la gestación por sustitución, pero únicamente en determinadas circunstancias, destacan Canadá y Australia, donde se permite la gestación subrogada altruista, aunque en este último cada vez se va admitiendo más la gestación comercial. Israel también admite los contratos de gestación subrogada, que deben ser aprobados por un Comité *ad hoc* de naturaleza pública que evaluará la idoneidad de las partes. La regulación de la gestación subrogada en los EE.UU. es bastante heterogénea, en los requisitos para llevarla a cabo como en la posibilidad de compensación económica, así como en la modalidad comercial e internacional (Nevada, California —pionera—, Texas, Arkansas, Illinois, Virginia, Florida, New Hampshire, Delaware, Nueva Jersey, Tennessee, Utah y Washington)²⁸.

India, tras la comprobación de las violaciones de derechos humanos en la gestación por sustitución en la modalidad comercial, resolvió en 2015 prohibir el acceso a la maternidad subrogada por parte de ciudadanos extranjeros, cerrando, finalmente las puertas a la gestación por sustitución internacional y a la modalidad comercial con *The Surrogacy (Regulation), Bill*. A esta tendencia se sumaron Nepal, Tailandia y Camboya en 2015, y también México —Estados de Sinaloa y Tabasco—.

En Grecia²⁹ y Reino Unido también admiten la gestación por sustitución, pero solo en la modalidad altruista. Este último supuesto se encuentra ordenada en la *Surrogacy Arrangements Acts de 1985*, la *Adoptio and Children Act de 2002*,

²⁸ En EE.UU. es habitual la distinción entre la llamada maternidad subrogada tradicional y la maternidad subrogada gestacional. En la primera, en la que la madre gestante también aporta su óvulo; los tribunales americanos suelen coincidir en que el contrato no es exigible, y que será el principio del superior interés del niño el que ha de regir la decisión sobre su custodia. Cuando no existe conexión genética con la gestante, los tribunales hacen prevalecer el acuerdo o la relación genética para otorgar la custodia a los padres de intención. Vid. GARCÍA RUBIO, M. P. y HERRERA OVIEDO, M.^a, «Maternidad subrogada: Dilemas éticos y aproximación a sus respuestas jurídicas», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 52, 2008, p. 73.

²⁹ El sistema griego ha sido modificado en varias ocasiones por leyes sucesivas, en 2002, 2005 y 2014. Se precisa autorización judicial para celebrar un contrato de gestación subrogada, cuyas condiciones de cumplimiento controla la autoridad judicial. Se exige que la comitente, que no puede tener más de cincuenta años, no pueda llevar a cabo un embarazo, y que la gestante no obtenga un beneficio económico del contrato; si bien se admite el resarcimiento de gastos y de la pérdida de ganancias que no se pudieron obtener a causa del embarazo. Cabe señalar que, si bien en la regulación primera se exigía que tanto la gestante como la madre de intención fueran ciudadanas griegas o residentes permanentes en Grecia, en la actualidad es suficiente que solo una cumpla el requisito de la residencia permanente o temporal en el país griego.

la *Human Fertilisation an Embryology Act* de 2008 y en otros instrumentos, como la *Fertilisation and Embryology (parental order) Regulations* de 2010³⁰. Entre los países menos permisivos se encuentra Francia, cuyo *Code civil* declara expresamente que el cuerpo humano, sus elementos y sus productos no pueden ser objeto de un derecho de naturaleza patrimonial, que las convenciones que tengan por efecto conferir un valor patrimonial al cuerpo humano, a sus elementos o a sus productos son nulas y, por último, que toda convención relativa a la procreación o la gestión por cuenta de otro es nula. Es más, el Comité Consultivo de Ética, en sus opiniones sobre la materia, se ha manifestado en contra de esta práctica. Defiende que puede servir a intereses comerciales, llevando a la explotación de las mujeres, que la gestación por sustitución es contraria a la dignidad humana y que puede causar graves secuelas emocionales en los hijos³¹. En Alemania, la Ley de adopción prohíbe la gestación por sustitución, en general, pero es la Ley de protección del embrión, número 745/90, de 13 de diciembre de 1990, en su artículo 1, titulado «*utilización abusiva de las técnicas de reproducción*», la que enumera las conductas sancionables³². Suiza, también es uno de los países más estrictos, elevando la prohibición a la propia constitución³³. En Suecia, en 2016, se publicó un informe que el Gobierno había encargado a una comisión multidisciplinar donde se propone mantener el rechazo sin paliativos a la gestación por sustitución. La razón principal está en la presión que su aprobación supondría sobre las mujeres para ejercer de gestantes, teniendo que asumir todos los riesgos que conlleva un embarazo y dar a luz. El mismo informe recomienda la adopción de medidas dirigidas a disuadir de la celebración de contratos de gestación por sustitución en el extranjero, para evitar así la explotación de las mujeres en los países más pobres. En Italia, conforme a la Ley núm. 40, de 19 de febrero, sobre normas en materia de procreación médicamente asistida, queda prohibido recurrir a cualquier técnica de procreación médicamente asistida del tipo heteróloga. No obstante, en todos

³⁰ Según la Ley, el contrato ha de ser hecho bajo el presupuesto de «... a promise or understanding that any payment will or may be made to the woman or for her benefit in respect of the carrying of any child in pursuance of the arrangement», incluyendo sanciones penales para quienes participen, publiciten o faciliten este tipo de acuerdos con fines comerciales en la *Surrogacy Arrangements Act* de 1985.

³¹ Arts. 16.1 par. 3, art. 3, art. 16.7 del *Code civil*; y art. 227.12 del *Code penal*.

³² «*Procediera a transferir a una mujer el óvulo de otra. Fecundara artificialmente un óvulo con fines distintos que los de iniciar un embarazo en la mujer de quien proviene el óvulo. Extrajera de una mujer un embrión antes de su implantación en el útero con vistas a ser transferido a otra mujer o utilizarlo con un fin distinto al de su protección. Fecundara artificialmente o transfiriera un embrión a una mujer dispuesta a entregar el niño a terceros tras su nacimiento. Introdujera artificialmente un espermatozoide humano en un óvulo humano, con un fin distinto que el de iniciar un embarazo en la mujer de donde proviene el óvulo*».

³³ El artículo 119.2.d) de la Constitución Federal señala que «*la donación de embriones y todas las formas de gestación por sustitución están prohibidas*»; castigando la Ley Federal sobre procreación médicamente asistida (arts. 4 y 31) con prisión o multa a quien solicite la realización de aquella técnica, así como a los intermediarios.

estos países los tribunales han tenido que pronunciarse, al igual que en España, sobre la determinación e inscripción de la filiación de los niños nacidos mediante esta técnica de gestación en países donde sí está permitida³⁴.

Es preciso señalar que, independientemente de que la modalidad de gestación sea comercial o altruista, la regulación en los distintos países es muy diferente, por lo que resulta muy complejo pretender una regulación uniforme a nivel internacional, como sí ocurre con el tráfico de órganos. Así, por ejemplo, cabe que la gestación por sustitución se limite a nacionales o residentes o que se permita el acceso a extranjeros; los modelos familiares que puedan tener acceso a esta técnica de reproducción pueden ser muy diversos —todos los modelos de familia, incluidos la mujer y el hombre en forma individual—, las reglas sobre quién puede/debe aportar el material genético —a veces se exige que el padre intencional aporte el material biológico, en ocasiones se requiere que la madre intencional aporte su óvulo; puede que se exija la aportación del material genético de alguno de los comitentes; y es posible, también, que no se imponga vinculación genética alguna con los padres intencionales—; los requisitos aplicables a la mujer gestante tampoco son uniformes —edad, número máximo de gestaciones por sustitución, vínculo biológico que puede, o no debe, existir con la parte intencional—. Respecto a la forma de determinar la filiación en favor de los padres intencionales, cabe que se haga de forma automática o que se precise la renuncia o consentimiento de la gestante, y respecto de esta renuncia que se haga en el contrato de gestación antes del nacimiento del niño o con posterioridad —revocabilidad o irrevocabilidad del consentimiento—. Por último, debe distinguirse los casos en que la filiación se atribuye a ambos comitentes de los supuestos en que solo se reconoce la filiación del padre biológico, permitiéndose la adopción a su pareja. En definitiva, la notable diferencia en los sistemas que regulan la gestación por sustitución pone de manifiesto la dificultad de tomar como referencia los modelos más consolidados, al tiempo que evidencia la imposibilidad de una regulación internacional sobre aquélla.

La única institución de la Unión Europea que se ha pronunciado acerca de la gestación por sustitución ha sido el Parlamento Europeo en el Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo (2014) y política de la UE al respecto³⁵, manifestando de manera contundente en su Observación general número 115 que *«condena la práctica de la gestación por sustitución por ser contraria a la dignidad humana de la mujer, ya que su cuerpo y sus*

³⁴ Para mayor abundamiento de la legislación comparada en cada una de las modalidades de gestación subrogada, véase ÁVILA HERNÁNDEZ, C. J., «La maternidad subrogada en el Derecho comparado», *op. cit.*, pp. 328-344.

³⁵ 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 UE al respecto (2015/2229 (INI)).

funciones reproductivas se utilizan como materia prima». Estimando que esta práctica debe ser prohibida por implicar 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 de desarrollo, pidiendo también que se examine con carácter de urgencia en el marco de los instrumentos de derechos humanos³⁶.

En el Consejo de Europa el asunto está siendo abordado desde el Comité de Asuntos Sociales, de Salud y Desarrollo Sostenible. En septiembre de 2016 votaron por segunda vez en contra de una propuesta de resolución sobre la gestación por sustitución, pero durante el mismo mes, impulsado por las recientes sentencias del TEDH y los trabajos en la Conferencia de La Haya, se ha aprobado el borrador de resolución *European guidelines to safeguard children's rights in relation to surrogacy arrangements*, en protección del interés de los menores, aunque a día de hoy sigue sin haber una posición unánime al respecto.

Como bien ha señalado el Comité de Bioética en España en su Informe sobre la Gestación Subrogada, tras su análisis del derecho comparado en materia de gestación subrogada, *«este estado de cosas provoca dos efectos indeseables pero difíciles de combatir. Por un lado, da lugar a situaciones de desprotección o incluso de explotación de las mujeres gestantes y tráfico de niños. Así ha venido sucediendo frecuentemente hasta ahora —casos como el de India lo ilustran bien— y no existe en este momento mecanismo eficaz que pueda evitarlo en el futuro. Por otro, el nivel de protección de las partes afectadas en la maternidad subrogada lo acaban determinando los países que establecen regulaciones laxas, porque la demanda acude allí donde puede satisfacerse. Y una vez conseguido el hijo, el país de procedencia de los comitentes se ve “obligado” a reconocerles la filiación a su favor, para no ir en contra de los intereses de los hijos»*³⁷. Tal y como está ocurriendo en España.

A continuación me detendré en la regulación sobre la gestación por sustitución en la modalidad altruista en Portugal, que por su cercanía podría constituir un referente normativo para el legislador español. Su regulación se encuentra en la Ley núm. 32/2006, de 26 de julio, de Procreación Médica Asistida (LPMA), tras la aprobación de la Ley 25/2016, de 22 de agosto, que regula el acceso a la gestación por sustitución, que entró en vigor el 1 de septiembre de 2017, modificando el artículo 8.1.^o, en el que se denegaba expresamente dicha gestación. La nueva redacción del precepto recoge la definición de gestación por sustitución afirmando que es *«cualquier situación en que la mujer se disponga*

³⁶ DÍAZ ROMERO, *op. cit.*, p. 20.

³⁷ Informe de la Comisión de Bioética en España, p. 46.

a soportar un embarazo por otros y a entregar al niño después del parto, renunciando a los poderes y deberes propios de la maternidad».

La modalidad adoptada por el legislador luso ha sido la intermedia, es decir la gestación por sustitución con carácter gratuito y excepcional; esto es, en casos de ausencia de útero, lesión o enfermedad en este órgano que impida el embarazo de la mujer, o en situaciones clínicas que lo justifiquen³⁸. Los contratos han de constar por escrito y requieren la autorización previa del *Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida*, entidad que va a supervisar todo el proceso³⁹. Se prohíbe que la gestante sea a la vez donante de los ovocitos, y se exige que al menos uno de los gametos proceda de alguno de los respectivos beneficiarios (art. 8.3.º LPMA)⁴⁰. Se prohíbe cualquier tipo de pago o de donación, excepto el reembolso por los gastos ocasionados por la gestación, los transportes, etc. No se permite la gestación por sustitución cuando exista una relación de subordinación económica, y especialmente de naturaleza laboral o de prestación de servicios. En el documento contractual deberán constar las disposiciones a observar en caso de que se produzcan malformaciones en el feto o en caso de interrupción voluntaria del embarazo. Los contratos de gestación por sustitución no podrán incluir restricciones de comportamientos a la mujer gestante, ni imponer normas que atenten contra sus derechos, su libertad o su dignidad, declarándose nulos aquellos contratos gratuitos u onerosos que no respeten las citadas reglas (art. 8.12.º LPMA). Además, debe tenerse en cuenta que el nuevo artículo 3.1.º de la LPMA advierte de manera expresa que las técnicas de PMA, incluyendo las realizadas en el ámbito de la gestación por sustitución, deben respetar la dignidad humana de todas las personas involucradas. Finalmente, el nuevo artículo 5.1.º de la LPMA señala que las técnicas de PMA, incluidas las previstas en el artículo 8, solo pueden realizarse en centros públicos o privados expresamente autorizados al efecto por el Ministerio de Salud. En cuanto a la filiación, se establece que el niño nacido mediante la gestación

³⁸ De acuerdo con el nuevo art. 6.1.º LPMA, modificado por la Ley 17/2016, solo pueden ser beneficiarias de este convenio de gestación por sustitución «*las parejas de sexo diferente o las parejas de mujeres, respectivamente casados o casadas o que vivan en condiciones análogas a las de los cónyuges, así como todas las mujeres independientemente de estado civil y de la respectiva orientación sexual*». Por tanto, no pueden ser beneficiarias de esta técnica de reproducción las parejas de hombres, ni casadas, ni de hecho, ni tampoco los hombres solteros.

³⁹ GUIMARÃES, M.ª R., «As particularidades do regime do contrato de gestaço no direito português e o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018», *Rev Bio y Der* (2018), núm. 44, pp. 179-200. SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 19-22.

⁴⁰ Como dice VELA SÁNCHEZ, «*con esta prohibición tajante se logra la inexistencia de vínculo jurídico de filiación con el niño así nacido, lo que impediría que aquélla pueda ser considerada ab initio por el solo hecho del parto, por lo que se acaba, por fin, con el viejo principio romano de mater semper cesta est...*»; en «La gestación por sustitución...», *op. cit.*, p. 5.

por sustitución es considerado hijo de los respectivos beneficiarios (art. 8.7.º LPMA).

Todos estos presupuestos y el contenido esencial de la regulación portuguesa de la gestación por sustitución han sido desarrollados por el Reglamento portugués núm. 6/2017, de 31 de julio, centrándose fundamentalmente en la solicitud de la autorización previa para la celebración del contrato de gestación ante el *Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida* (CPMA), la configuración del convenio de gestación por sustitución, el régimen de protección de la parentalidad, en relación a las prestaciones por paternidad o maternidad, el recurso a las técnicas en el Servicio Nacional de Salud, etc.; si bien un signo inequívoco de las dificultades que suscita la articulación de un régimen jurídico en el que confluyen derechos de la personalidad dignos de protección es la reciente inconstitucionalidad de buena parte de su contenido en la Sentencia del Tribunal Constitucional portugués (STCP) núm. 225/2018, publicada en el Diario de la República de 7 de mayo de 2018.

El citado TCP sostiene que esta modalidad de reproducción excepcional, consentida de forma autónoma por los interesados y acordada entre ellos a través de un contrato gratuito previamente autorizado por una entidad administrativa, por sí sola, no vulnera la dignidad de la gestante ni del niño nacido como consecuencia de esta práctica de reproducción asistida; es decir, el TCP parte de la premisa cardinal de que el convenio gestacional no atenta contra la dignidad humana en cuanto está fundado en un consentimiento libre e informado de la mujer gestante; consentimiento y autonomía que afirman, precisamente, la dignidad humana⁴¹.

No obstante, un sector doctrinal de la filosofía del derecho considera que son discutibles los argumentos del TCP y de aquellos que están a favor de regular la maternidad o gestación subrogada altruista en torno a la identidad entre dignidad y autonomía, y la idea de que el cuerpo no tiene dignidad porque no es constitutivo de la persona y, por tanto, el alquiler de una parte del mismo no es, *per se*, algo indigno. Este sector considera que la dignidad no tiene que ver con las manifestaciones más características de lo humano (como pudieran ser la racionalidad o la voluntariedad), sino con la propia existencia humana. Por tanto, este concepto de dignidad ontológica es el único capaz de fundamentar los derechos humanos con la pretensión de universalidad. Pero, al mismo tiempo, determina la inalienabilidad de la dignidad o, lo que es lo mismo, los límites de

⁴¹ En contra de la primera petición de inconstitucionalidad de los demandantes, pues la opinión de los solicitantes gira en torno a que el convenio de gestación por sustitución implica una inaceptable mercantilización del ser humano, tanto en lo que se refiere a la mujer gestante, cuyo cuerpo se transformaría en un objeto al servicio de los beneficiarios, como con respecto al niño, que desde antes del nacimiento sería objeto de un negocio jurídico, basando sus argumentos en los arts. 1 y 67.2.º letra e) de la Constitución portuguesa.

nuestro consentimiento a la hora de auto-normarnos, es decir, a la hora de tomar decisiones morales sobre nosotros mismos⁴².

Por ello, y con base en estos razonamientos, no compartimos la posición del TCP ni participamos de una regulación en la modalidad altruista. Argumentos que desarrollaré en el apartado siguiente, en su comparativa con las iniciativas legislativas propuestas y recomendaciones en nuestro país.

No obstante, el TCP en la sentencia objeto de análisis ha entendido que sí se lesionan algunos de los principios y derechos consagrados en la Constitución portuguesa, destacando entre ellos:

- a) Excesiva indeterminación de la Ley —violación del principio de determinabilidad de las leyes—, en lo que se refiere a los límites que deben establecerse a la autonomía de las partes del contrato de gestación, así como los límites de restricciones admisibles de los comportamientos de la gestante que se estipulan en el contrato, como para los criterios de autorización previa del contrato. Tampoco se establecen los criterios materiales suficientemente precisos y jurisdiccionales controlables para que el Consejo ejerza sus competencias de supervisión y de autorización administrativa previa (*cfr.* art. 8.4.º, 10.º, 11.º)⁴³.
- b) Violación del derecho al desarrollo de la personalidad —principio de la dignidad de la persona humana y el derecho a construir una familia—, en relación a la limitación de la posibilidad de la revocación del consentimiento prestado por la gestante a partir del inicio de los procedimientos terapéuticos de reproducción asistida (art. 8.7.º y 8.º y art. 14.4.º LPMA). El TCP considera que el derecho de la mujer gestante a la revocación del consentimiento dado tiene que garantizarse a lo largo de todas las fases en que se desdobra el proceso de gestación por sustitución: celebración del contrato, ampliación de las técnicas de PMA, embarazo y entrega del niño, dado que la revocabilidad del consentimiento inicialmente prestado es la única garantía de que el cumplimiento de las obligaciones específicas de cada fase de ese proceso sigue siendo voluntario y, por eso, se corresponde al ejercicio de tal derecho⁴⁴. En otras palabras, la revocabilidad mencionada corresponde a una garantía esencial de la efectividad

⁴² CABRERA CARO, L., «Implicaciones éticas y jurídicas de la gestación por sustitución: ¿*Mater semper certa est?*», en MARTOS CALABRÚS, M. A. (dir.) y BASTANTE GRANELL, V (coord.), *En torno a la filiación y a las relaciones paterno filiales*, op. cit., pp. 59-60.

⁴³ Sobre la cuestión de la indeterminación del régimen legal del convenio de gestación por sustitución, véase VELA SÁNCHEZ, A. J., «Y el sueño se convirtió en pesadilla... (y II)», 2018, pp. 6-8.

⁴⁴ En efecto, señala la STCP que «... la vinculación al consentimiento anteriormente prestado no impide que, por razones inherentes a la necesaria insuficiencia de la información inicial o a la propia dinámica del emba-

del derecho al desarrollo de la personalidad de la gestante⁴⁵. Es más, las obligaciones contractuales asumidas por la mujer gestante presuponen el consentimiento, por lo que, desapareciendo este, aquellas también dejan de poder subsistir, no habiendo lugar al incumplimiento contractual. Por tanto, la STCP considera que la posibilidad de revocar el consentimiento prestado, sobrevenidas ciertas circunstancias imprevisibles —que hacen que la información del consentimiento fuese insuficiente—, garantiza el derecho fundamental al desarrollo de la personalidad de la mujer gestante⁴⁶.

razo, en algún momento hasta después del parto, la gestante se enfrente a una obligación —seguir sopor-tando el embarazo de un hijo destinado a los beneficiarios o proceder a su entrega después del parto—, cuyo cumplimiento ya no corresponde a su voluntad más profunda, sino que constituya, para sí una violencia... Ahora, el consentimiento que le fue exigido para participar en un proceso de gestación por sustitución, y que tenía por objeto también prevenir tal tipo de situaciones, una vez que estas se producen, convierten —y degradan— lo que ha sido concebido como un acto de solidaridad activa en una instrumentalización atentatoria de su dignidad personal», sin olvidar «la asimetría de las obligaciones asumidas por los beneficiarios y la gestante en el marco de la gestación por sustitución», pues esta tiene muchísimas más obligaciones a cumplir que aquellos, lo cual coloca a la mujer gestante en una situación desventajosa dentro del convenio gestacional; y de otro lado, sin desconocerse que los «beneficiarios y la gestante por sustitución no pueden dejar de ser conscientes de que el carácter voluntario de las obligaciones características del contrato de gestación por sustitución es esencial al cumplimiento (...) de ahí la importancia de acoger la permanencia de tal voluntad a lo largo de todo el proceso, lo que solo es posible mediante la admisión de la libre revocabilidad del consentimiento de la gestante hasta el cumplimiento integral de los “inconvenientes y frustraciones de los primeros (los beneficiarios) no justifican la instrumentalización de la segunda (la mujer gestante) en orden a evitarlos (...). De este modo, la limitación a la revocabilidad del consentimiento de la gestante establecida como consecuencia de las remisiones de los arts. 8.8.º, y 14.5.º, de la LPMA al párrafo 4.º de este último, es inconstitucional por restringir desproporcionadamente el derecho al desarrollo de la personalidad, interpretado a la luz del principio de la dignidad de la persona humana (arts. 1 y 26.1.º en relación con el art. 18.2.º y todos de la Constitución)”».

⁴⁵ Antes del pronunciamiento por parte del TCP, CABRERA CARO se manifestó sobre el tema en el sentido de que «no obstante, el art. 3.3.º j) del Decreto Reglamentar deja las puertas abiertas a las partes en relación a “os termos de revogação do consentimento ou do contrato e a suas consequências” (los términos de revocación del consentimiento o del contrato y sus consecuencias). Esto es llamativo porque no parece coherente con los planteamientos que defienden la licitud de la gestación por sustitución gratuita y altruista. Si la finalidad de la maternidad subrogada es un acto de generosidad y solidaridad, como dicen algunos, por la que una mujer ayuda a otros a satisfacer su deseo de ser padres, lo razonable hubiera sido admitir la posibilidad de una revocación del consentimiento sin penalización», en CABRERA CARO, L., «Implicaciones éticas y jurídicas de la gestación por sustitución: Mater Semper certa est?, en MARTOS CALABRÚS, M. A. (dir.) y BASTANTE GRANELL, V. (coord.), *En torno a la filiación y a las relaciones paterno filiales*, op. cit., p. 56.

⁴⁶ Hay autores como VELA SÁNCHEZ que piensan que la irrevocabilidad del consentimiento prestado por la mujer gestante era esencial para la virtualidad del convenio gestacional, una vez cumplidos escrupulosamente los presupuestos legales de información a la mujer gestante y de constancia del carácter libre y voluntario de su consentimiento, todo ello garantizado con la intervención del Consejo Nacional de Procreación Médicamente Asistida y del Colegio de Médicos. Considera que dicha irrevocabilidad inicial del consentimiento prestado haría mucho más seguro el convenio procreativo y evitaría reclamaciones por los gastos ocasionados y, sobre todo, por los daños morales que, evidentemente, podrían sufrir los beneficiarios en caso contrario. Asimismo, manifiesta este autor que con la posibilidad de revocar el consentimiento se infringen todos los postulados cardinales del derecho de obligaciones y contratos, contrario a la seguridad jurídica a la que tienen derecho, igualmente, los beneficiarios del convenio de gestación por sustitución y se

La gestación por sustitución altruista no elimina el aspecto contractual de la gestación del así nacido

- c) Violación del derecho a la identidad personal y del principio de seguridad jurídica, en relación al estatuto de las personas nacidas por esta práctica, habida cuenta del régimen de nulidad del contrato de gestación por sustitución⁴⁷.
- d) Por lo que se refiere a la regla del anonimato de los donantes y de la propia gestante por sustitución, el TCP considera que atenta también contra la importancia creciente que viene siendo atribuida al conocimiento de los propios orígenes⁴⁸. Entendiendo que merece censura inconstitucional debido a que impone restricciones innecesarias a los derechos de identidad personal y al desarrollo de la personalidad de las personas nacidas como consecuencia de procesos de reproducción asistida recurriendo a la donación de gametos o embriones, incluso en las situaciones de gestación por sustitución⁴⁹. Si bien el citado órgano judicial

vulneran distintas consideraciones anteriores realizadas por la propia STCP analizada; en «Y el sueño se convirtió en pesadilla...» (I), p. 11.

⁴⁷ La STCP sostiene que «(tras) el conocimiento de haber nacido tras la utilización de técnicas PMA heteróloga, no se vislumbra por qué razón tal persona ya adulta, debe quedar menos vinculada afectivamente a sus padres jurídicos, desde el momento en que también conozca la identidad de los donantes cuyos gametos fueron esenciales para la formación de su identidad genética. Y aunque tal crisis de las relaciones afectivas ocurra, tampoco se ve por qué el Estado ha de interferir en ellas, privilegiando a los padres que recurrieron a la PMA heteróloga, en detrimento del derecho de los hijos nacidos como consecuencia de la utilización de tales técnicas al conocimiento de su ascendencia genética, y que, pretendiendo ejercerlo por razones que se refieren a su propia auto-comprensión, la autodefinición de su identidad y el deseo a conocer su verdad biológica, busca los orígenes de su ser...».

⁴⁸ En cuanto a los donantes de material reproductor, la STCP señala que «... la posibilidad de conocimiento de la identidad de los donantes de gametos y/o embriones no implica en modo alguno el reconocimiento de cualquier vínculo legal de orden filial: es, efectivamente, distinto revelar la identidad de los donantes que investirlos en los derechos y obligaciones correspondientes a la paternidad o maternidad, lo que no se comprendería frente a la inexistencia, por parte de aquellos, de cualquier proyecto de parentalidad...». Por tanto, el TCP considera que «a la luz de las concepciones actuales acerca de la importancia del conocimiento de los propios orígenes, como elemento fundamental de la construcción de la identidad, (hay que considerar) que la opción seguida por el legislador en el art. 15.1.º y 4.º, de la LPMA de establecer como regla, aunque no absoluta, el anonimato de los donantes, en el caso de éstas, como regla absoluta, merece censura constitucional. En efecto, (la regla general del anonimato) constituye una afectación indudablemente gravosa de los derechos a la identidad personal y al desarrollo de la personalidad, consagrados en el art. 26, párrafo 1.º de la Constitución combinando las exigencias emanadas del núcleo esencial de estos derechos con el estándar impuesto por el principio de proporcionalidad, consagrado en el art. 18, párrafo 2.º de la constitución, ... parece innecesaria tal opción, incluso en lo que se refiere a la salvaguardia de otros derechos fundamentales o valores constitucionalmente protegidos, que siempre podrán ser tutelados de manera adecuada, a través de un régimen jurídico que consagre la regla inversa: la posibilidad de anonimato de los donantes y de la gestante por sustitución sólo —y únicamente— cuando haya razones razonables para ello, a evaluar casuísticamente».

⁴⁹ VELA SÁNCHEZ considera que «... ahora, tras la examinada STCP, no sólo se declara inconstitucional la normativa portuguesa sobre gestación por sustitución por no permitir que la mujer gestante pueda revocar su consentimiento hasta el mismo momento de entrega del nacido a los comitentes o beneficiarios —irrevocabilidad que era un presupuesto esencial, a mi juicio, para la seguridad jurídica del convenio gestacional—, sino que se da un paso más atrás al eliminar el anonimato de los donantes de material reproductor en cualquier técnica de reproducción humana asistida, esto es, se prescinde de unos postulados

concluye que, «*teniendo en cuenta los valores constitucionales tomados en consideración, no se detectan argumentos que puedan sostener la disconformidad de la actual solución legislativa con el principio de la dignidad de la persona humana, ya que no sólo no existe ninguna instrumentalización degradante, sino que no se desprende de las normas cuestionadas una comprensión total del derecho a la identidad personal, que, anulando su contenido esencial, implicaría necesariamente una intolerable violación de la dignidad de la persona humana. Por tanto, a juicio del TCP, la regla del anonimato de donantes de material reproductor —y, por ende, de la mujer gestante en el convenio de gestación por sustitución—, no afecta a la dignidad humana del nacido*».

En definitiva, el TCP reprueba la imposibilidad de arrepentimiento de la gestante en cualquier fase del proceso, al impedirse su derecho al desarrollo de la personalidad; la excesiva indeterminación de la ley en los límites que impone a las partes del contrato, por razones de seguridad jurídica; y el anonimato previsto en la norma, tanto respecto de los donantes de óvulos o espermatozoides como respecto de la gestante, por imponer restricciones innecesarias a los derechos de identidad personal y al desarrollo de la personalidad de las personas nacidas por gestación por sustitución⁵⁰. Todo ello lleva a que parte de la doctrina se cuestione si la declaración de inconstitucional de tales elementos viene o no a suponer una mutación del modelo que lo hace inviable o se contenta con ser un ajuste necesario de una institución nueva, necesitada de unos perfiles más claros, pero que tiene cabida en el modelo constitucional portugués⁵¹.

4. ARGUMENTOS EN CONTRA DE LA REGULACIÓN DE LA GESTACIÓN SUBROGADA ALTRUISTA

Como he dicho a lo largo del estudio, nuestra línea argumental está basada en desmontar todas las bondades que pretenden atribuirle a una futura regulación de la gestación subrogada altruista. Y todo ello porque ya no es necesario insistir en que la modalidad de gestación subrogada comercial atenta contra la dignidad de la mujer y fomenta el tráfico de niños, pues de los convenios y protocolos internacionales sobre derechos fundamentales y protección de menores

cardinales de la legislación sobre la materia lo que traerá consecuencias irreparables para la viabilidad de las indicadas técnicas de procreación asistida y su finalidad esencial de solventar problemas de infertilidad humana», en «Y el sueño se convirtió en pesadilla...» (I), op. cit., p. 2. Para mayor abundamiento sobre el tema, el citado autor en «Y el sueño se convirtió en pesadilla» (II), op. cit., pp. 9-15.

⁵⁰ VAQUERO PINTO, *op. cit.*, p. 5.

⁵¹ GÓMEZ FERNÁNDEZ, I., «El Tribunal Constitucional portugués frente al “modelo portugués” de gestación subrogada», *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 11/2018 (BIB 2018/14144), p. 14.

se infiere que donde hay remuneración existe tráfico de niños, instrumentalización, trata y explotación de la mujer⁵². Tanto es así que países como Nepal, Tailandia e India han cerrado sus puertas a la gestación subrogada comercial, tras comprobar el abuso sobre las mujeres más vulnerables, aprovechándose de su situación de indigencia, y al no poder garantizar sus derechos más básicos, como la atención sanitaria, a lo largo de todo el proceso de gestación, así como el tráfico de niños. Si bien no ha quedado definitivamente cerrada la posibilidad de acudir a esta vía de reproducción asistida en la modalidad altruista.

En España, desde el año 2015, han sido varias las propuestas legislativas en torno a la regulación de la gestación por sustitución en la modalidad altruista, ya no solo por parte de grupos parlamentarios como Ciudadanos⁵³ sino también de otros sectores ajenos al poder ejecutivo, como el Grupo de Ética y Buena Práctica de la Sociedad Española de Fertilidad (SEF)⁵⁴, amparándose en que la gestación por sustitución es una realidad que no se puede obviar, pues no son pocos los niños que están naciendo mediante estas técnicas de reproducción en el extranjero, bajo unas prácticas más que cuestionables. Consideran que una regulación de aquélla protegería de manera efectiva a la madre gestante y a los comitentes o padres intencionales, y que se velaría por el interés del menor a lo largo de todo el procedimiento de gestación⁵⁵.

⁵² El Comité de los Derechos del Niño para el seguimiento de la Convención de los Derechos del Niño y el Protocolo Facultativo entienden que la maternidad subrogada con fines para la adopción es tráfico de niños. Ponen en relación la maternidad subrogada con la adopción ilegal y la venta de niños. Y en la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, CEDAW, aprobada por la Organización de Naciones Unidas en 1979, establece que «los Estados partes tomarán todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para suprimir todas las formas de trata de mujeres», y de ello, según FERNÁNDEZ MUÑOZ, se puede entender que «toda clase de gestación por sustitución es una forma de trata de mujeres por suponer instrumentalización de la mujer para procurar un hijo a otra persona, aunque independientemente de llegar o no a esta conclusión, sí que parece indiscutible que la realidad que estamos observando pone de manifiesto que con la internacionalización de la gestación subrogada la explotación de mujeres ocurre ya con triste cotidianidad», *op. cit.*, p. 30.

⁵³ El Grupo parlamentario Ciudadanos, en su Proposición de ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación, publicada en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, con fecha de 8 de septiembre de 2017, en su exposición de motivos (IV), afirma que «ante esta nueva realidad, la mejor solución, la más garantista, es regular, no es cerrar los ojos ni prohibir. Es bien sabido, de hecho, que los cambios sociales implican necesariamente cambios en las normas. Pues bien, la gestación por subrogación es una forma alternativa de acceder a la paternidad o maternidad que la legislación ha de tutelar y regular para conciliar los derechos en juego de todos los que participan y sea acorde al interés superior del niño nacido».

⁵⁴ Propuesta de Bases Generales para la Regulación en España de la Gestación por Sustitución, presentada en el mes de abril de 2016. En la redacción de la propuesta han colaborado, a título individual, algunos miembros del Seminario de Investigación Bioética de la Universidad Complutense de Madrid, y profesionales externos.

⁵⁵ Así, VILAR GONZÁLEZ se manifiesta en el sentido de que «es necesario dejar de mirar hacia otro lado y terminar con la inseguridad jurídica existente en materia de gestación por sustitución en España, siendo necesario permitir que la misma se lleve a cabo en nuestro país, pero fijando de forma clara los límites y requisitos que deberán tenerse en cuenta a la hora de formalizar un acuerdo de este tipo, teniendo presente, en todo momento, el interés superior del menor que deberá ser prioritario en el proceso. Dicha regulación

Todas estas iniciativas han sido rechazadas, bien por no tener los apoyos por parte de otros partidos políticos o de sus propios militantes, bien porque, como es el caso de Ciudadanos, ha sido consciente, después de algunas manifestaciones de grupos feministas, de que no es tal la demanda social, habiendo más detractores en torno a la regulación que personas o colectivos que la apoyan.

Ahora bien, entre los partidarios de una regulación sobre la gestación subrogada altruista no han encontrado la fórmula legislativa para proteger los intereses de la mujer gestante, los de los comitentes o padres intencionales y los de los niños nacidos mediante esta vía de reproducción asistida sin que se vulneren derechos fundamentales. Ello invita a pedir prudencia al legislador a la hora de regular sobre esta materia tan delicada, teniendo en cuenta los intereses y derechos en juego, por lo menos hasta que haya un consenso, ya no solo a nivel nacional sino también internacional, puesto que los pronunciamientos recientes, aunque no sean legislativos, sostienen que, a pesar de que la gestación sea altruista, sigue habiendo una instrumentalización de la mujer, así como cosificación del niño⁵⁶. Es más, difícilmente una regulación sobre esta técnica va a satisfacer toda la demanda internacional en la obtención de niños, lo que abocaría, inevitablemente, a un tráfico de estos, pues no existen tantas personas altruistas que satisfagan los deseos de paternidad o maternidad de otros.

No obstante, a pesar de haber sido rechazadas o retiradas las iniciativas legislativas, como el caso del Grupo Parlamentario Ciudadanos, ello no me impide pronunciarme sobre las mismas, puesto que considero que no las han retirado porque hayan cambiado de opinión tras una meditada reflexión, sino porque están esperando la oportunidad política para su aprobación. Es más, teniendo en cuenta los argumentos recientes del TCP en torno a la declaración de inconstitucionalidad de parte del contenido de la LPMA difícilmente les puede servir de referencia, pues muchos de los aspectos contenidos en el contrato de gestación de la legislación lusa, ahora inconstitucionales, son los propuestos por las citadas iniciativas en nuestro país; lo que habrá supuesto, con total seguridad, una importante contrariedad en los partidarios de la regulación.

Por todo ello, y sin entrar en un exhaustivo análisis de la Proposición de Ley Reguladora del Derecho a la Gestación por subrogación presentada por el Grupo Parlamentario de Ciudadanos (BO de las Cortes Generales con fecha de 8 de

no evitará por completo que surjan algunos problemas, como hemos podido comprobar que sucede en lugares como el Estado de California, que cuenta con una amplia y consolidada legislación en la materia, pero sí otorgará un mayor grado de seguridad jurídica y permitirá velar por la protección de las partes, especialmente de los futuros niños, y evitará, en la medida de lo posible, que se cometan abusos», op. cit., 258.

⁵⁶ Como bien dice VAQUERO PINTO «... la supresión de la norma de orden público (art. 10. LTRHA), no puede proponerse desde las tripas, sino desde un debate bien construido que consiga calar en la sociedad española (...) el orden público no es absolutamente inmutable, pero es difícil alterarlo...», en op. cit., p. 8.

septiembre de 2017)⁵⁷ y de la Propuesta de Bases Generales para la regulación en España de la Gestación Subrogada, presentada por el Grupo de Ética y Buena Práctica (SEF)⁵⁸, me atrevo a cuestionar algunos de los aspectos recogidos en su redacción, teniendo como referencia los argumentos de la STCP, para que sirvan de orientación en sus futuras reflexiones, si lo estiman oportuno.

Como toda propuesta legislativa, comienza con una exposición de motivos. Y, claro está, si ya en un texto introductorio sobre la regulación de una nueva figura en nuestro ordenamiento jurídico partimos de conceptos erróneos, entonces el desenlace no podrá ser acertado. De entrada, afirma que *«la presente ley tiene como finalidad regular el derecho 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»*.

En relación con este párrafo de la Exposición de Motivos, no puedo dejar de señalar, por un lado, cómo de entrada se habla de derecho de los progenitores subrogantes a gestar, es decir, se pretende crear un derecho nuevo que no viene recogido ni en nuestra CE ni en ningún texto internacional suscrito por España. Y, por otro lado, del propio texto se evidencia cómo las partes contratantes de la gestación por sustitución se encuentran en un plano de desigualdad o asimetría absoluta, pues existe un claro desequilibrio en sus prestaciones. La madre gestante (que, no se nos olvide, está poniendo a disposición de los padres intencionales una parte de su cuerpo, el útero, para que aquellos obtengan un hijo, por encargo) no va a recibir nada a cambio, porque su prestación tiene que ser altruista, pero, eso sí, tendrá, dicen los defensores de la regulación, la satisfacción de ayudar a otros —que no pueden ser ni familia ni tener ningún tipo de relación laboral ni de subordinación— a crear una familia. Apelan a la solidaridad y a la libertad de las mujeres.

Otro de los postulados de la Propuesta del Grupo Parlamentario de Ciudadanos y que comparten los partidarios de la regulación de la gestación por subrogación es que *«la solución más garantista es regular, no cerrar los ojos ni prohibir (...)*. *Piénsese, a este respecto, en normas como las del matrimonio entre personas*

⁵⁷ Para un análisis de la Proposición de ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos, véase QUINZÁ REDONDO, M.^a J., «La gestación por sustitución en España: algunas “novedades”», *Actualidad jurídica iberoamericana (IDIBE)*, núm. 8 (febrero 2018), pp. 103-106.

⁵⁸ Sobre la Propuesta de Bases Generales para la regulación en España de la gestación por sustitución del Grupo de Ética y Buena práctica Clínica de la SEF, véase <https://www.sefertilidad.net/docs/grupos/etica/propuestaBases.pdf>.

del mismo sexo (Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio) o la adopción internacional (Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional). Son normas que regulan y garantizan derechos, no desnaturalizan las instituciones y son fruto de la interpretación evolutiva de la Constitución y su acomodo a la realidad de la vida moderna...». Creo que las leyes sobre las que fundamentan sus postulados no vienen al caso. En la primera de ellas se está permitiendo que personas del mismo sexo puedan tener acceso a una institución jurídica como es el matrimonio civil, que hasta su aprobación les estaba prohibido, pero no hay ni utilización del cuerpo de ninguno de ellos ni se está transigiendo sobre un proyecto parental de un futuro niño. Y, en la segunda de ellas, la diferencia entre la adopción y la gestación subrogada está en que en la adopción no hay ninguna contravención previa donde la mujer gestante se obliga al abandono y entrega de un menor a favor de un tercero, sino todo lo contrario. En el proceso de adopción lo que se busca son familias idóneas para unos menores que han sido abandonados por sus padres o familiares, sin existir previamente contacto alguno entre los padres biológicos y los futuros padres adoptantes.

También señala la citada Propuesta que *«el derecho de familia se ha enfrentado en las últimas décadas a los sucesivos retos planteados por los avances de la medicina y biotecnología. Esos avances científicos aplicados a las técnicas de reproducción asistida han cuestionado antiguos paradigmas, poniéndose en entredicho cuestiones como la maternidad, la paternidad y la filiación...».* Para argumentar en contra de esta premisa me remito a la primera de las Bases Generales para la regulación de la gestación por sustitución por parte del Grupo de Ética y Buena Práctica Clínica (SEF)⁵⁹. La citada Base establece que *«la gestación por sustitución ha de considerarse un recurso excepcional y sólo justificado cuando exista en la pareja subrogada, o en la mujer sola subrogada, una indicación médica debidamente documentada o una situación de esterilidad estructural (pareja homosexual masculina u hombre sin pareja)».* Es más, continúa diciendo la Base que la gestación por sustitución no debe considerarse una técnica de reproducción asistida más por diversas razones:

- 1) Implica a una tercera persona, la gestante, que debe someterse a una técnica de reproducción asistida, seguir un embarazo que puede ocasionar ciertas limitaciones en su forma de vida⁶⁰, en su alimentación y hábitos, así

⁵⁹ Si bien es preciso recordar que este documento no se posiciona ni a favor ni en contra de la gestación por sustitución, ya que dentro del grupo de trabajo no hay una posición unánime en uno u otro sentido, sino que se limita a plantear una propuesta reflexiva de bases o condiciones generales para el supuesto de que el legislador diera en algún momento el paso de su legalización en España.

⁶⁰ Sobre los riesgos de la madre gestante, LÁZARO PALAU, C. M., *«... el embarazo implica cambios en los aspectos digestivos, cardiocirculatorios, respiratorios, renales, fisiológicos, endocrinos, metabólicos y dermatológicos de la mujer. Cuando la mujer no aporta el óvulo, los cambios se han de producir artificialmente.*

como finalmente dar a luz, todo ello con la consiguiente exposición de su salud en beneficio de los padres subrogados.

- 2) Tensiona de manera especial el principio bioético y legal del altruismo en la donación del cuerpo y sus partes que rige en el ámbito europeo, por cuanto las cantidades de dinero que se mueven en los convenios sobre gestación por sustitución son normalmente elevadas.
- 3) Es susceptible de comportar explotación de la mujer si la gestante se halla en una situación vulnerable desde el punto de vista económico-social.

Por otra parte, quiero manifestar mi disconformidad con la terminología utilizada en la iniciativa del Grupo Ciudadanos y con algunos aspectos regulados en el texto, así como sobre alguna de las bases del Grupo de Ética y Buena práctica Clínica (SEF). Compartiendo, por el contrario, los argumentos del STCP.

En primer lugar, llama poderosamente la atención cómo en el propio texto se evita utilizar el término mujer y madre gestante. Así, a modo de ejemplo, el artículo 1: «*La presente ley tiene por objeto regular el derecho de las personas a la gestación por subrogación, entendiendo como 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 de los subrogantes...*». Esa «*otra*» es una mujer. ¿Quién gesta durante nueve meses con los riesgos que conlleva el embarazo y parto?, una mujer. ¿Por qué no se utiliza el término mujer? Está clarísimo, para evitar a toda costa que se pueda hablar de instrumentalización de la mujer. Se prefiere utilizar el término «*otra*»⁶¹.

En cuanto a los principios rectores «*dignidad, libertad, solidaridad, igualdad y protección integral de los hijos*», considero que a lo largo del articulado no se respetan ninguno de los principios citados. En lo que se refiere a la dignidad, a pesar de regular la modalidad altruista de la gestación por subrogación, sigue habiendo instrumentalización de la mujer y cosificación de los menores, tal y

En primer lugar, se suministra la píldora anticonceptiva, después se le inyectan hormonas para controlar y suprimir los ciclos ovulatorios. A continuación, se le inyecta estrógenos para preparar la pared uterina. Una vez implantados los embriones se le practican inyecciones diarias de progesterona hasta que el cuerpo comprenda que ella está en cinta y puede soportar el embarazo por sí misma. La elevada administración de hormonas y la estimulación de ovarios produce efectos secundarios como cambios de humor, migrañas, pérdidas de sangre vaginales, inflamaciones, hinchazón de senos, vértigos, irritación vaginal, dolores musculares o articulaciones, insomnio, pérdida ósea..., etc. Pero los efectos que revisten mayor gravedad son los causantes de enfermedades cardiovasculares (primera causa de mortalidad en la mujer), así como tumores uterinos, al elevarse visiblemente el nivel de riesgo», en LÁZARO PALAU, C. M.^a, «Reflexiones en torno a la maternidad subrogada», en MARTOS CALABRÚS, M. A. (dir.) y BASTANTE GRANELL, V., op. cit., p. 21.

⁶¹ En este sentido, LÁZARO PALAU: «... de existir una subrogación altruista, esa gratuidad no transforma el núcleo esencia de la subrogación y contribuye de igual manera a la "despersonalización de la gestación"», en op. cit., p. 23.

como he manifestado con anterioridad. Tampoco se respeta el principio de libertad, cuando la mujer no puede revocar su consentimiento una vez que se ha realizado la transmisión embrionaria, compartiendo los argumentos del TCP. En cuanto al límite de que no puede haber relación de consanguinidad, ni subordinación económica, de naturaleza laboral o de prestación de servicios entre las partes implicadas, pone en tela de juicio la posible solidaridad que se pretende, pues dudo mucho de que existan muchas mujeres que se presten a gestar, y menos si no pueden recibir contraprestación alguna, abriéndose las puertas, sin duda, a la gestación subrogada comercial.

Y en relación a la protección integral de los hijos propuesta tampoco la comparto, cuando partimos de un «vientre de alquiler» y un «niño por encargo»; además de pretender ocultar los datos sobre la mujer gestante y el tipo de gestación en el RC. Concretamente véase el artículo 11.3.º cuando señala que «*en ningún caso, la inscripción en el RC reflejará datos de los que se pueda inferir el carácter de la generación*». Evidenciándose que lo expuesto está en total contradicción con la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la DGRN y con lo sostenido en la STCP cuando se refiere a la inconstitucionalidad del artículo 8 de la LPMA al señalar que está vulnerando el derecho fundamental del menor a su identidad personal y al conocimiento de su verdad biológica.

También se afirma que con este tipo de gestación se fomenta la natalidad. Esta aseveración está de nuevo en contradicción con lo manifestado en la primera Base de las establecidas por el Grupo de Ética y Buena práctica Clínica (SEF), cuando señala que la gestación por sustitución ha de considerarse un recurso excepcional y no una técnica de reproducción asistida más. Por tanto, no creo que deba ser utilizada como una técnica para el fomento de la natalidad. Es más, considero que existen otras formas de fomentar la natalidad sin tener que instrumentalizar a las mujeres. Bastaría con hacer políticas serias de ayudas a la familia.

Por otra parte, si tenemos en cuenta como referencia lo sostenido por el TCP en relación a la irrevocabilidad del consentimiento, no se podrá seguir manteniendo la definición de la Propuesta del Grupo Parlamentario Ciudadanos de gestación por subrogación y la determinación de la filiación del niño nacido mediante estas técnicas de reproducción asistida. Pues se dice que la gestación por subrogación consiste en que «*una mujer acepta ser gestante (...) y dar a luz el hijo o hijos de otra persona*». Es decir, que respecto de la mujer gestante nunca se va a poder determinar la filiación y, además, no va a poder revocar su consentimiento. Todo esto se refuerza en otra parte del articulado propuesto, concretamente en el artículo 9.2.º en relación al contenido del contrato de gestación por subrogación —«*Consentimiento informado, libre, expreso e irrevocable de las partes intervinientes*»—; en el artículo 10.2.º, sobre la transferencia

embrionaria y parto de la mujer gestante por subrogación —«El progenitor o progenitores subrogantes se hará cargo, a todos los efectos, del niño o niños inmediatamente después del parto de acuerdo a lo establecido en el contrato...»—, y en el artículo 11.2.º, donde se regula la filiación de los hijos nacidos mediante gestación por subrogación —«en ningún momento se establecerá vínculo alguno de filiación entre la mujer por subrogación y el niño o niños que pudieran nacer»—; incluso en el caso de fallecimiento de los progenitores subrogantes⁶². Pues bien, tras la lectura de parte del articulado propuesto, comparto plenamente lo establecido en la STCP cuando señala que, si la mujer durante el proceso de gestación no tiene la libertad de decidir sobre la renuncia o no al menor en favor de los comitentes o padres intencionales, entonces sí se estaría vulnerando su dignidad. Por ello hay que garantizar hasta el último momento, es decir, el de la entrega del menor, la decisión libre por parte de la mujer gestante, y más aún cuando los padres intencionales han podido fallecer, cosa que se le niega en la legislación propuesta por el grupo Parlamentario Ciudadanos. Asimismo, difiere de lo establecido en Reino Unido, donde la gestante goza de unos días para decidir si entrega el menor a los comitentes⁶³. Y ello sin olvidar que la regulación propuesta sobre la determinación de la filiación conllevaría inexorablemente una modificación de algunos preceptos del Código Civil⁶⁴.

También, me gustaría poner de manifiesto que la regulación adolece, al igual que ha ocurrido en la legislación lusa, de una indeterminación legislativa, al remitir aspectos de gran relevancia a la vía reglamentaria. Tal es el caso de la ausencia de regulación sobre el contenido del consentimiento informado o, dicho de otra manera, cuál es la información mínima que debe recibir la gestante para que su consentimiento sea informado y libre (cfr. art. 9.2.º b). La propuesta objeto de estudio simplemente se limita en el capítulo dedicado al «Asesoramiento y orientación de la utilización de la gestación subrogada» a señalar que será la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida el órgano encargado de asesorar, orientar e informar sobre el ejercicio de este derecho (cfr. art. 20 de la Propuesta). Por otra parte, tampoco se observa referencia alguna a las

⁶² El artículo 14 de la Proposición del Grupo Parlamentario de Ciudadanos reza así: «En el supuesto de fallecimiento durante la gestación del progenitor subrogante o de ambos progenitores subrogantes, el contrato de gestación por subrogación mantendrá su validez a efectos de determinar la filiación, estando obligado a promover la inscripción por la declaración correspondiente las personas determinadas en el artículo 45 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil».

⁶³ Surrogacy Arrangements Act 1985, c. 37, SIF 83:1), s. 36(1) 2, *Negotiating surrogacy arrangements on a commercial basis*.

⁶⁴ Propuesta de lege ferenda de VILAR GONZÁLEZ: «Artículo 108. La filiación podrá tener lugar por el hecho del parto, por vinculación genética y por adopción. Los dos primeros supuestos de filiación podrán ser de tipo matrimonial y no matrimonial. Es matrimonial cuando ambos progenitores están casados entre sí. La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos conforme a las disposiciones de este Código», en *op. cit.*, p. 260.

limitaciones físicas a las que pueda quedar sometida la madre gestante, motivo por el cual se ha declarado inconstitucional parte del contenido de la legislación portuguesa.

También llama poderosamente la atención la referencia a la creación del Registro Nacional de Gestación por Subrogación de las mujeres gestantes⁶⁵, cuando aún no está funcionando en nuestro país un registro de donantes de gametos. Y, por último, debemos denunciar la ausencia de la supervisión por parte de la autoridad judicial antes, durante y después de todo el proceso de gestación, como sí ocurre en países cercanos⁶⁶, pues todo el control sobre el contrato de gestación por subrogación, así como la prestación de consentimiento por parte de la mujer gestante, se le atribuye al notario (*cf.* art. 9.^o).

En este sentido, me gustaría pronunciarme sobre los argumentos emitidos por los partidarios de la regulación de la gestación subrogada altruista cuando rebaten o cuestionan a los que no comparten dicha regulación, ya sea comercial o altruista, al entender que en nuestro ordenamiento jurídico no tiene cabida esta vía de gestación asistida atendiendo al art. 10 de la LTRHA y al orden público internacional. Y todo ello porque el proyecto convencional o contractual en torno a la gestación por sustitución, ya sea oneroso o gratuito, es el argumento para sostener su nulidad. Ni las partes del cuerpo humano, en este caso un útero, ni la gestación de una criatura por encargo pueden ser objeto de contravención, dado que se estarían vulnerando los derechos más fundamentales que tiene todo ser humano, entre ellos su dignidad.

Son muchos los argumentos a favor y en contra de la regulación de la gestación subrogada, si bien quiero reflexionar sobre las críticas vertidas a los que defienden la no regulación de la gestación. Es decir, rebatir las reflexiones contrarias a los que sostienen la negativa a la gestación subrogada y el mantenimiento más absoluto de la nulidad de estas prácticas en virtud del orden público internacional.

Entre los argumentos de quienes sostienen la nulidad de toda contravención que permita la gestación de niños mediante esta vía o técnica de reproducción asistida se encuentra que en ninguna norma nacional e internacional de derecho privado se regula el derecho a la reproducción o el derecho a tener hijos, a lo que contestan los partidarios de la regulación en la modalidad altruista que si hoy día se permite la donación de gametos, tanto masculinos como femeninos,

⁶⁵ *Cfr.* artículos 15 y 16 de la Proposición de ley reguladora de derecho a la gestación por subrogación, presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos.

⁶⁶ En Grecia el control judicial es previo, de forma que se requiere una autorización judicial para concretar una gestación por sustitución, si bien la autorización judicial origina que los padres subrogados se conviertan en padres legales del niño inmediatamente después del nacimiento.

e incluso preembriones, que llevan la carga genética de las personas que los han proporcionado y que darán lugar a futuros niños, nada justifica que no pueda donarse igualmente la capacidad para gestar, con la finalidad de ayudar de modo altruista a aquellas personas que no puedan hacerlo por sí mismas⁶⁷.

Ante esta reflexión de los partidarios de la regulación de la gestación por sustitución altruista, considero que es distinto donar gametos con el fin de procrear que instrumentalizar a una mujer para la obtención de un hijo por encargo. Lo que se persigue con la regulación de la gestación subrogada es desvincular la gestación y el parto de la determinación de la filiación, primando sobre ella la voluntad de los comitentes y la gestante, privando a los hijos nacidos mediante este tipo de estipulación del derecho a conocer su verdad biológica, encontrándose entre ellos el derecho a saber quién le ha gestado⁶⁸; además de no tenerse en cuenta todos los estudios sobre la teoría del apego de Bowlby⁶⁹ y la vinculación y aportación genética de la madre durante los nueve meses de embarazo⁷⁰.

En cuanto a las donaciones de preembriones, a nadie se le escapa que el excedente de éstos como consecuencia de las TRHA, es un gran problema bioético de nuestra sociedad. Hay un número elevadísimo de preembriones que actualmente están congelados a la espera de que los padres intencionales, que acudieron a las FIV con el único fin de serlo, decidan implantárselos o destruirlos. Ello me lleva a considerar que con la donación de preembriones se está minimizando un serio problema de nuestra sociedad, que pone de manifiesto la mala praxis en la utilización de las TRHA dejando al arbitrio de los usuarios de estas técnicas la decisión de que los preembriones lleguen a desarrollarse como seres humanos o destruirlos como simple materia⁷¹.

⁶⁷ VILAR GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 256.

⁶⁸ En este sentido VAQUERO PINTO afirma que «con la maternidad subrogada se pretende negar cualquier vínculo con la madre gestante. Supondría la quiebra de la certeza de la maternidad anudada a la gestación», *op. cit.*, p. 2.

⁶⁹ Sobre la teoría del apego véase LÁZARO PALAU, en *op. cit.*, p. 27.

⁷⁰ La Gran Sala del TEDH señaló: «... En general, consideramos que la gestación subrogada, sea remunerada o no, es incompatible con la dignidad humana. Constituye un trato degradante, no solo para el niño sino también para la gestante. La medicina moderna proporciona evidencias cada vez mayores del impacto determinante del período prenatal de la vida humana para el posterior desarrollo del ser humano. El embarazo, con sus preocupaciones, penas y alegrías, así como el desafío y el estrés que significa el parto, crea un vínculo único entre la madre biológica y el niño, la subrogación se centra en la ruptura del vínculo (...) tanto el niño como la madre subrogada no son tratados como fines en sí mismos sino como medios para satisfacer los deseos de otras personas. Una práctica semejante es incompatible con los valores que subyacen en la Convención»; en *Informe del Comité de Bioética*, *op. cit.*, p. 7.

⁷¹ SAPENA, G. J., en relación a la evolución de los cuestionamientos éticos en materia de TRHA, señala que «no hay una opinión unánime en el mundo acerca del estatuto moral del embrión. Entonces, para todos

Como ya dije, ni siquiera entre los partidarios de la regulación de la gestación subrogada altruista existe unanimidad sobre la formulación y los límites para salvaguardar los derechos fundamentales de la mujer gestante y del hijo nacido mediante esta vía de reproducción. Un claro ejemplo sería cuando en las propuestas o iniciativas legislativas se establece que entre la madre gestante y los comitentes o padres intencionales no puede haber ninguna relación de parentesco, laboral, de dependencia institucional o jerarquía a efectos de que no afecte a su libertad de decisión. A ello se opone un sector doctrinal argumentando que es precisamente donde puede existir una relación de mayor afecto o amistad entre la gestante y los padres intencionales (como en los supuestos en que una mujer se ofrezca a convertirse en gestante de su hija o de su hermana, por ejemplo), que motive claramente la finalidad altruista⁷². En primer lugar, a los que defienden esta posición es preciso advertirles de que, por un lado, no se han previsto los posibles problemas de doble parentesco que se pueden plantear y que todavía, a día de hoy, no sabemos hasta qué punto ello puede afectar en el ámbito del derecho de sucesiones, sin perjuicio de que un niño tenga que aceptar que tiene dos madres —una la gestante, que puede ser su abuela, y otra su madre, que puede ser o no biológica—, dado que se puede dar la posibilidad de que el padre haya aportado material biológico y la madre intencional no, pues el óvulo es de una tercera donante. Y, en segundo lugar, este argumento pone de manifiesto que dudan de la existencia de tantas mujeres altruistas que satisfagan las demandas del «mercado», lo que provocaría, inevitablemente, una vez abierta la brecha, acudir a la gestación subrogada comercial⁷³.

Asimismo, se alega que tanto el artículo 3.2.º c) de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2000 como el artículo 21 del Convenio de Oviedo, del año 1997, relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina, prohíben la posibilidad de que el cuerpo humano o sus partes se conviertan en objeto de lucro, pero en ningún momento sancionan la posibilidad de

aquellos que piensan que el embrión merece protección legal desde la concepción, la existencia de embriones sobrantes es preocupante, pues además de que el riesgo que corren durante la congelación es muy alto, es muy posible que después de todo no sean implantados al seno materno, porque su madre ya no lo desee así cuando llegue el momento. Además, podría ser atentatorio contra la dignidad humana el solo hecho de estar congelados, aunque tengan la suerte de nacer en algún momento», en Bioética, Derechos Humanos y Derecho de familia, 2013, p. 447.

⁷² Entre otros, VILAR GONZÁLEZ, *op. cit.*

⁷³ Así lo pone de manifiesto el Informe del Comité de Bioética: «De este modo, la gestación subrogada altruista en el caso de incorporarlo a nuestro ordenamiento jurídico, va a desarrollarse con casi exclusividad en el marco de las relaciones biológicas familiares, como de hecho ocurre en otros ámbitos como el de la donación de órganos entre vivos, lo que necesariamente supondrá una alteración sustancial, si no de la familia, de los roles biológicos que coexisten en las mismas, produciéndose una duplicación de tales roles, que pueden considerarse contraria tanto a la protección constitucional que se reconoce a la familia como al propio interés del menor», p. 75.

emplearlo con fines altruistas, como sucede con la donación de órganos en vida, con la finalidad de que se lleve a cabo un trasplante de éstos a otras personas. En mi humilde opinión, creo que tampoco es posible esta comparativa. Aquí estamos hablando de utilizar la capacidad de gestación de las mujeres para adquirir niños por encargo, no de órganos; es decir, de la utilización del útero de una mujer con la finalidad de gestar un niño para posteriormente entregárselo a un tercero, sin ver las consecuencias negativas que esto podría generar en un futuro a los menores nacidos mediante esta vía de reproducción asistida, y a ella misma⁷⁴.

En este sentido se manifiesta CARRERA CARO cuando afirma que *«en el caso de la maternidad subrogada, sin embargo, no se trata de hacer un uso cualquiera de cualquier parte u órgano del cuerpo, sino de alienar completamente la identidad femenina. El útero, o la capacidad de alumbrar, es lo más específico de la feminidad. Si hay algo que distingue a la mujer del hombre es precisamente este rasgo: la capacidad de gestar y dar a luz. Por eso, cuando la mujer alquila su vientre no está disponiendo de una parte de su cuerpo como si se tratara de un órgano más. Está disponiendo de lo que la especifica como individuo, por lo que se está alquilando toda ella. Si la dignidad radica en ser, y el modo de ser específico de la mujer consiste en la posibilidad de dar a luz, la madre gestante se está alienando toda ella en esa disponibilidad de gestar a favor de otros»*⁷⁵.

Tampoco se puede comparar con la adopción, pues en este supuesto el niño no ha nacido por encargo ni se ha estipulado su entrega antes del nacimiento, sino que una vez que el niño ha sido abandonado por sus padres, por diversos motivos, se le busca un entorno familiar estable. Dicho de otra manera, con la adopción no existe el acuerdo previo entre la mujer que gesta un niño y las personas que asumirán la paternidad que, sin embargo, es la causa de toda gestación subrogada.

También argumentan los partidarios de la gestación subrogada altruista, respecto a la situación española, que la mera nulidad de pleno derecho con que se

⁷⁴ Sobre algunos de los riesgos psicológicos y psiquiátricos de los niños así nacidos, véase LÁZARO PALAU, *op. cit.*, pp. 26-27.

⁷⁵ *Op. cit.*, p. 62. En el mismo sentido SÁNCHEZ MARTÍNEZ, M.^a O., «La maternidad, además de ser una específica capacidad fisiológica de la mujer, es una singularidad capacidad emocional ligada a la condición femenina. Si no puede escindirse del sujeto femenino aquella parte física que le hace en esencia mujer, tampoco se le puede privar de la parte emocional que le identifica con su sexo y que permite que la relación establecida durante la gestación, entre mujer y feto, sea cualitativamente diferente a cualquier otra. La condición de madre es, por tanto, coincidente con la de gestante, tanto referido al aspecto fisiológico como al emotivo», en «La gestación por sustitución: una consecuencia lógica de la libertad reproductiva o un caso dramático de las reproducciones asistidas», *Derechos y libertades*, núm. 36, época II (enero 2017), p. 108.

sancionan estos acuerdos en nuestra regulación vigente no disuade de su práctica ni logra evitar que nuestros nacionales lleven a cabo su deseo más allá de nuestras fronteras. Como respuesta a este argumento, considero que esta reflexión no nos puede llevar a regular la gestación por sustitución, porque el hecho de que en nuestro ordenamiento jurídico sea un delito el tráfico de personas o el homicidio tampoco disuade de que la gente los cometa. ¿O debemos creer que el ser humano no asesina porque existe un Código Penal que le sanciona con prisión? Lo que hay es que perseguir la acción ilegal, no crear derechos sobre hechos ilícitos. Es más, no todo lo posible ha de ser necesariamente permitido, dado que el Derecho tiene una función de ordenación cuyo objetivo se centra en estructurar la filiación para asegurar la protección en la igualdad y el respeto a la dignidad y libertad de cada uno⁷⁶.

Sin embargo, sí comparto los argumentos en torno a la incongruencia que existe hoy día en nuestro ordenamiento jurídico, cuando por un lado la contravención de la gestación por sustitución está sancionada con nulidad absoluta mientras que por otro el legislador español ha habilitado mecanismos legales que permiten la inscripción en el Registro Civil de los menores nacidos en el extranjero por esta vía de subrogación⁷⁷, además de la existencia de diversas sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, a través de las cuales las prestaciones derivadas de la paternidad o maternidad quedan protegidas por nuestro sistema de la Seguridad Social⁷⁸.

Igualmente, consideran que es incongruente que se otorguen mecanismos que permitan establecer la filiación de los nacidos fuera de España, pero que no se permita la misma posibilidad dentro de nuestras fronteras con respecto a personas que no puedan satisfacer el alto coste económico que implica recurrir a la subrogación transnacional, lo que supone una clara desigualdad basada en el

⁷⁶ Informe del Comité de Bioética, *op. cit.*, p. 73.

⁷⁷ En este sentido señala el Informe del Comité de Bioética: «*mientras no se apruebe un marco normativo garantista, con carácter internacional, avalar estas prácticas es un ejercicio de la complicidad con la explotación de las mujeres, y esa complicidad puede ser también indirecta. Es decir, no resulta coherente prohibir la práctica en todo el territorio, pero luego, reconocer su resultado cuando se ha realizado en el extranjero*»; *op. cit.*, p. 66.

⁷⁸ En relación a las prestaciones sociales reconocidas por el TS a la gestación por sustitución, véase DÍAZ ROMERO, *op. cit.*, pp. 45-57. FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, M.^a S., «La maternidad subrogada en España. ¿Coherencia entre la jurisprudencia civil y laboral? Reflexiones a propósito de la STS de 25 de octubre de 2016. Sala de lo Social», en *Revista internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, núm. 16, octubre de 2017, pp. 1-49. MERCADER UGUINA, J. R., «La creación por el Tribunal Supremo de la prestación por maternidad subrogada: A propósito de las SSTs de 25 de octubre de 2016 y de 16 de noviembre de 2016», *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2017), vol. 9, núm. 1, pp. 454-467. P. ej. STS, Sala de lo Social, núm. 881/2016, de 25 de octubre (Roj: STS 5375/2016); STS, Sala de lo Social, núm. 953/2016, de 16 de noviembre de 2016 (Roj: STS 5283/2016).

poder económico de quienes desean formar una familia⁷⁹. No les falta razón a los que mantienen esta posición. Sin embargo, estas son algunas de las muchas incongruencias a las que no tienen acostumbrados el legislador y los Tribunales de Justicia, ello no implica que tengamos que sostener que la regulación gestación subrogada es una necesidad y menos un derecho, porque, como bien han señalado algunos autores, «*lo que repugna, en todo caso, es convertir en objeto una facultad humana, personalísima, la de generar una nueva vida y su resultado, que es una persona humana*»⁸⁰.

Independientemente de estos razonamientos a favor o en contra de la regulación de la gestación por sustitución, y de las incongruencias vertidas por los diferentes órganos con capacidad de legislar o emitir resoluciones —TS y DGRN—, nadie puede obviar que las propuestas que hoy se contemplan en torno a la regulación de la gestación subrogada altruista privilegian claramente los intereses de los comitentes, a costa de las otras partes implicadas. Prueba de ello es la inscripción en el RC del nuevo hijo, sobre la que se establece que no reflejará datos de los que se pueda inferir el carácter de la generación. Una disposición así, unida al anonimato en las donaciones de gametos que establece la LTRHA, consagra, sin lugar a dudas, la superioridad de los intereses de los comitentes sobre los derechos del niño a conocer sus orígenes⁸¹.

Es más, recientemente se ha presentado un informe desfavorable a la figura de la gestación subrogada por parte de la Relatora especial de la ONU, Ms. Maud de Boer-Buquicchio⁸², en el que alerta del riesgo de que los menores se conviertan en mercancías, como consecuencia de los acuerdos de gestación subrogada, para lo que recomienda la forma de hacer efectiva la prohibición en los respectivos países para prevenir su práctica, asegurando que el Derecho Internacional Privado no contempla el derecho a tener hijos. Aseguró en su informe que los niños no son bienes o servicios que los Estados deban garantizar o proporcionar, sino seres humanos en situación de especial vulnerabilidad, cuyos derechos precisan de protección⁸³. Por ello, aprobar una ley que pretenda

⁷⁹ VILAR GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 257.

⁸⁰ VAQUERO PINTO, *op. cit.*, p. 12.

⁸¹ Comité de Bioética, *op. cit.*, p. 78.

⁸² Informe de la Relatora Especial sobre la venta y explotación de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños, disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N18/227/32/PDF/N1822732.pdf?OpenElement>.

⁸³ Si bien VILAR GONZÁLEZ afirma que «*nos oponemos también a la censura propugnada por diversos colectivos, incluso por expertos en derechos humanos en la ONU, basada en la afirmación de que, llevar a cabo una gestación por cuenta de otras personas, puede suponer la instrumentalización de la mujer y lesionar, por tanto, su dignidad. Consideramos que ello es completamente incongruente con otro tipo de manifestaciones que estos mismos colectivos realizan en relación al aborto, con respecto al cual alegan que "la posibilidad de las mujeres para tomar decisiones libres para ellas y sus familias no debe ser un privilegio reservado para las mujeres con recursos", e instan a todos los Estados a que "aseguren que todas las*

satisfacer el deseo parental mediante la gestación altruista solo servirá para plantearse a continuación la gestación retribuida, y para tener que aceptar sin condiciones las inscripciones de filaciones procedentes de acuerdos de subrogación internacionales.

Existen otros informes y comunicados contrarios a esta práctica, como el emitido por el Colectivo para el respeto de la persona, con fecha de 10 de marzo de 2018⁸⁴, que estima que, aunque la gestación por cuenta de otro no suponga la entrega de ninguna contraprestación económica, atenta *per se* contra los derechos humanos: los de las mujeres, puesto que se coloca el cuerpo de la gestante en beneficio de los progenitores intencionales, independientemente de que medien o no contraprestaciones económicas a cambio de la entrega del menor; y del niño, ya que es concebido y traído a este mundo con la intención de «*ser abandonado por su madre en beneficio de terceros*», violando sus derechos más elementales⁸⁵.

Por todo lo manifestado comparto plenamente los argumentos del sector de la doctrina que sostiene que la gestación por sustitución supone una afectación de la dignidad de la mujer gestante (con implicación también en su integridad física) y de la dignidad del hijo (que es objeto de tráfico jurídico), así como una transacción sobre el estado civil. Implica, por tanto, un negocio jurídico incompatible con nuestro ordenamiento jurídico —arts. 10 y 15 de la CE y 1814 del CC— y con las convicciones imperantes en nuestra sociedad. Es cierto que quienes defienden la figura la apoyan también en principios importantes, y, especialmente, en el libre desarrollo de la personalidad de la mujer gestante (art. 10 CE), que no resulta, dicen, instrumentalizada y no puede ser tratada como un ser débil necesitado de protección porque su consentimiento es libre y altruista. Pero no siempre las lesiones de los derechos se legitiman por la prestación del

mujeres puedan acceder a todos los servicios de salud necesarios, incluida la atención sexual y reproductiva, de manera segura, en consonancia con sus derechos humanos», debiendo derogar “las políticas basadas en estereotipos anticuados” y garantizar “sus leyes, políticas y prácticas se basen en sus obligaciones en materia de derechos humanos y en el reconocimiento de la dignidad y autonomía de las mujeres”», en «La gestación subrogada en España y en el Derecho comparado», 2018, pp. 256-257.

⁸⁴ <https://collectif-corp.com/2018/03/10/communique-de-presse-les-enfants-ne-sont-pas-des-biens-ou-des-services-mais-des-etres-humains/>.

⁸⁵ SAPENA, G. J., en su análisis a los problemas éticos y jurídicos de los niños nacidos mediante las TRA, afirma que «*son numerosos los derechos humanos y constitucionales de los niños/as que así nazcan que se puedan ver afectados, como por ejemplo: el derecho a la dignidad humana (preámbulo), el derecho de los hijos menores de edad a ser asistidos, alimentados, educados, y amparados por sus padres (art. 53 CN), el derecho de los niños/as a recibir la protección de la familia, la sociedad y el Estado (art. 54 CN), los demás derechos inherentes a la personalidad humana (art. 45 CN), entre los cuales se pueden incluir varios derechos reconocidos por la Convención de los Derechos del Niño (CDN), como por ejemplo: el derecho a conocer a sus padres y a ser cuidados por ellos, en la medida de lo posible (art. 7.1 CDN, el derecho a la identidad (art. 8.1 CDN), entre otros*»; en *op. cit.*, p. 444.

consentimiento (aunque sea libre) del lesionado, y más si se encuentra también en juego la afectación de la dignidad del hijo que nace por encargo⁸⁶.

5. BIBLIOGRAFÍA

ÁVILA HERNÁNDEZ, C. J., «La maternidad subrogada en el Derecho comparado», *Cuadernos de Derecho Actual*, núm. 6, 2017, pp. 313-344.

CABRERA CARO, L., «Implicaciones éticas y jurídicas de la gestación por sustitución: *Mater semper certa est?*», en MARTOS CALABRÚS, M. A. (dir.) y BASTANTE GRANELL, V. (coord.), *En torno a la filiación y a las relaciones paterno filiales*, Comares, Granada, 2018, pp. 47-65.

COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, *Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada*, http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.pdf.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., «La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida en España», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 8 (febrero 2018), pp. 11-31

DÍAZ ROMERO, M.^a del R., *Autonomía de voluntad y contrato de gestación subrogada: Efectos Jurídicos*, Comares, Granada, 2018.

FERNÁNDEZ MUÑOZ, P. I., «Gestación subrogada. ¿Cuestión de derechos?», en RODRÍGUEZ DELGADO, Janet, Vulnerabilidad. Justicia y salud global. *Dilemata. Revista Internacional de Éticas aplicadas*, núm. 26, pp. 27-37.

FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, M.^a S., «La maternidad subrogada en España. ¿Coherencia entre la jurisprudencia civil y laboral? Reflexiones a propósito de

⁸⁶ VAQUERO PINTO, *op. cit.*, p. 12. En el mismo sentido DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: «*Es desde luego evidente la conexión entre procreación y el libre desarrollo de la personalidad, consagrado en el artículo 10.1.º CE, entendido este como un principio constitucional, que significa la autonomía de la persona para elegir, libre y responsablemente, entre las diversas opciones vitales, la que sea más acorde con las propias preferencias. En este caso, la opción vital es concebir, o no, un hijo, decisión personalísima, en la que el Estado no puede inmiscuirse, ni imponiéndola, ni prohibiéndola, debiendo respetar lo que resulte del ejercicio de la libertad de cada ciudadano. La libertad de procreación significa el reconocimiento a la persona de un ámbito de decisión (concebir, o no, un hijo) sustraído a la injerencia estatal, pero esta libertad no se desprende de un derecho a exigir a los poderes públicos que éstos hagan efectiva pretensión de tener hijos (...). Concretamente, no existe un derecho a exigir al Estado que permita el acceso a las técnicas de reproducción asistida a cualquier persona, en cualquier circunstancia y de cualquier modo. Es, por ello, legítimo que se limite el acceso a dichas técnicas con el fin de proteger intereses distintos a los de sus potenciales usuarios, como son la dignidad, tanto de las madres portadoras, como de los hijos concebidos mediante gestación por sustitución*»; en «La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida en España», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 8 (febrero 2018), pp. 23-24.

la STS de 25 de octubre de 2016. Sala de lo Social», en *Revista internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, núm. 16, octubre de 2017, pp. 1-49.

GARCÍA RUBIO, M. P. y HERRERA OVIEDO, M.^a, «Maternidad subrogada: Dilemas éticos y aproximación a sus respuestas jurídicas», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 52, 2018, pp. 67-89.

GÓMEZ FERNÁNDEZ, I., «El Tribunal Constitucional portugués frente al “modelo portugués” de gestación subrogada», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 11/2018 (BIB 2018/14144), p. 14.

GRUPO DE ÉTICA Y BUENA PRÁCTICA CLÍNICA DE LA SEF, «Propuesta de Bases Generales para la regulación en España de la gestación por sustitución», <http://www.sefertilidad.net/docs/grupos/etica/propuestaBases.pdf>.

GUIMARÃES, M.^a R., «As particularidades do regime do gestaço no direito português e o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018», *Rev Bio y Der*, núm. 44, 2018, pp. 179-200.

HEREDIA CERVANTES, I., «La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución», *ADC*, tomo LXVI, 2013, pp. 688-715.

IDIBE, «El tribunal Constitucional declara inconstitucionales diversos aspectos de la regulación lusa sobre maternidad subrogada», <http://idibe.org/noticias-legales/noticias-portugal-tribunal-constitucional-declara-inconstitucionales-diversos-aspectos-la-regulacion-lusa-maternidad-subrogada/>.

LACCOZ MORATINOS, G., «Construyendo un diálogo: Gestación por sustitución», Trabajo de Fin del Máster en Derecho Sanitario, CEU-Universidad San Pablo, pp. 1-45, <http://www.aeds.org/XXIIIcongreso/ponencias/TFM-Guillermo-Lazcoz.pdf>.

LÁZARO PALAU, C. M.^a, «Reflexiones en torno a la maternidad subrogada», en MARTOS CALABRÚS, M. A. (dir.) y BASTANTE GRANELL, V. (coord.), *En torno a la filiación y a las relaciones paterno filiales*, Comares, Granada, 2018, pp. 19-31.

MARTÍN DEL BARRIO, J., «Las parejas “hetero” ya pueden acceder a “vientres de alquiler” en Portugal», 2017, https://elpais.com/internacional/2017/08/02/actualidad/1501664732_800914.html.

MERCADER UGUINA, J. R., «La creación por el Tribunal Supremo de la prestación por maternidad subrogada: A propósito de las SSTs de 25 de octubre de 2016 y de 16 de noviembre de 2016», *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo de 2017), vol. 9, núm. 1, pp. 454-467.

PERTUSA RODRÍGUEZ, L., «Dimensión consular de la gestación por sustitución en Derecho internacional privado», *Cuadernos de Derecho Transnacional* (octubre 2018), vol. 10, núm. 2, pp. 597-614.

QUINZÁ REDONDO, M.^a J., «La gestación por sustitución en España: algunas novedades», *Actualidad Jurídica Iberoamericana (IDIBE)*, núm. 8 (febrero 2018), pp. 97-107.

SALMERÓN MANZANO, E., «La maternidad subrogada en España: posible regulación legal de un contrato nulo», en MARTOS CALABRÚS, M. A. (dir.) y BASTANTE GRANELL, V. (coord.), *En torno a la filiación y a las relaciones paterno filiales*, Comares, Granada, 2018, pp. 31-47.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C., «Gestación por sustitución: una realidad y dos soluciones en la experiencia jurídica española», *InDret*, octubre de 2018, pp. 1-43.

SÁNCHEZ MARTÍNEZ, M.^a O., «La gestación por sustitución: una consecuencia lógica de la libertad reproductiva o un caso dramático de las reproducciones asistidas», *Derechos y libertades*, núm. 36, época II (enero 2017), pp. 91-133.

SAPENA, G. J., *Bioética, Derechos Humanos y Derecho de familia*, Intercontinental Editora, 2013.

SIMÓN YARZA, F., «Gestación subrogada o vientres de alquiler: reflexiones a la luz del Derecho comparado y de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista General del Derecho Constitucional* 25 (2017), pp. 2-23.

VAQUERO PINTO, M.^a J., «Filiación por naturaleza no derivada de relaciones sexuales», comunicación presentada en las *XX Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, celebradas el 28 de septiembre de 2018.

VÁZQUEZ MUIÑA, T., «No se puede inscribir en el Registro civil español la filiación surgida en el extranjero mediante gestación por sustitución. Comentario a la STS de 6 de febrero de 2014», *Actualidad Jurídica Iberoamericana (IDIBE)*, núm. 8 (febrero 2018), pp. 80-96.

VELA SÁNCHEZ, A., «La gestación por sustitución se permite en Portugal. A Propósito de la Ley portuguesa núm. 25/2016, de 22 de agosto» (LA LEY 8706/2016).

— «La Gestación por sustitución ya es efectiva en Portugal. A propósito del Reglamento portugués núm. 6/2017, de 31 de julio» (LA LEY 16781/2017).

— «Y el sueño se convirtió en pesadilla: El Tribunal Constitucional portugués declara la inconstitucionalidad de la legislación sobre gestación por sustitución.

A Propósito de la STC portugués núm. 225/2018, de 24 de abril» (I) (LA LEY 6873/2018).

— «Y el sueño se convirtió en pesadilla: El Tribunal Constitucional portugués declara la inconstitucionalidad de la legislación sobre gestación por sustitución. A Propósito de la STC portugués núm. 225/2018, de 24 de abril» (II) (LA LEY 9826/2018).

VILAR GONZÁLEZ, S., *La gestación subrogada en España y en el Derecho comparado*, Bosch, Barcelona, 2018.