



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Grado

LA GESTACIÓN SUBROGADA EN TELA DE JUICIO POR LA ÉTICA Y EL DERECHO

GESTATIONAL SURROGACY AGAINST THE STRINGS OF ETHICS AND LAW

Autora

Andra Nicoleta Closcaru

Directora

M^a José González Ordovás

Facultad de Derecho

2021

Índice

LISTADO DE ABREVIATURAS UTILIZADAS	4
I. INTRODUCCIÓN	5
1. CUESTIÓN TRATADA EN EL TRABAJO DE FIN DE GRADO.....	5
2. RAZÓN DE LA ELECCIÓN DEL TEMA Y JUSTIFICACIÓN DE SU INTERÉS.	5
3. METODOLOGÍA SEGUIDA EN EL DESARROLLO DEL TRABAJO.....	6
II. NOCIONES BÁSICAS.....	7
III. LEGISLACIÓN RELATIVA A LA MATERNIDAD SUBROGADA EN ESPAÑA E INCONGRUENCIAS LEGALES.	9
1. NULIDAD DE PLENO DERECHO DE LA GESTACIÓN SUBROGADA.....	9
2. INSTRUCCIÓN DE 5 DE OCTUBRE DE 2010.....	10
3. INSTRUCCIÓN DE 18 DE FEBRERO DE 2019	13
IV. PAÍSES EUROPEOS EN LOS QUE SE ENCUENTRA PROHIBIDA.	14
V. PAÍSES EN LOS QUE SE ENCUENTRA LEGALIZADA.....	15
1. PAÍSES QUE LA PERMITEN DE FORMA ALTRUISTA.....	16
2. PAÍSES QUE LA PERMITEN DE FORMA COMERCIAL	22
VI. VISIÓN DE LA PROBLEMÁTICA DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LOS ORGANISMOS INTERNACIONALES.	26
VII. RESOLUCIONES DE TRIBUNALES ESPAÑOLES E INTERNACIONALES EN LA MATERIA.....	31
1. STS 6 de febrero de 2014.	31
2. STS 16 de noviembre de 2016.....	33
3. STEDH de 26 de junio de 2014, <i>Mennesson y Labassee</i> contra Francia.	34
4. STEDH, 24 de enero de 2017, Caso <i>Paradiso y Campanelli</i> contra Italia.	35
VIII. PROBLEMAS ÉTICOS	37
1. INTRODUCCIÓN.....	37
2. POSICIÓN DE LA MUJER PORTADORA: ¿LIBRE O ESCLAVA?	37
3. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.	40
4. ¿SE HA CONVERTIDO EN UN MERCADO AL QUE ÚNICAMENTE PUEDEN ACCEDER LAS PERSONAS QUE TIENEN RECURSOS?	42
IX. CONCLUSIONES.....	43
X. BIBLIOGRAFÍA.....	46
OTRAS WEBS DE INTERÉS VISITADAS	48

LEGISLACIÓN	50
JURISPRUDENCIA	52

LISTADO DE ABREVIATURAS UTILIZADAS

CdE	=	El Consejo de Europa.
CDN	=	Convención sobre los Derechos del Niño.
CEDH	=	Convención Europea de Derechos Humanos.
DGRN	=	Dirección General de los Registros y del Notariado.
FIV	=	Fecundación in Vitro.
HCCH	=	Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.
ICAM	=	Ilustre Colegio de Abogados de Madrid.
INSS	=	Instituto Nacional de la Seguridad Social.
LGSS	=	Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.
LTRHA	=	Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.
ONU	=	Organización de las Naciones Unidas.
RC	=	Registro Civil.
RDGRN	=	Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado.
STEDH	=	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
STS	=	Sentencia del Tribunal Supremo.
TEDH	=	Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
TRHA	=	Técnicas de Reproducción Humana Asistida.
TS	=	Tribunal Supremo.
UE	=	Unión Europea.

I. INTRODUCCIÓN

1. CUESTIÓN TRATADA EN EL TRABAJO DE FIN DE GRADO

La gestación subrogada o también llamada gestación por sustitución, entre las múltiples denominaciones que se le ha dado a esta práctica, es uno de los temas de actualidad que mayores controversias legales, sociales y éticas ha generado.

Los principales objetivos que pretendo abordar con mi investigación giran en torno a plantear todos los problemas éticos y jurídicos que suscita la gestación subrogada en el ámbito nacional e internacional.

Para ello, partiremos en primer lugar de la inseguridad jurídica que genera que cada Estado disponga de un amplio margen de apreciación para la regulación de esta técnica. Así mismo, veremos que tienen que decir al respecto los organismos intergubernamentales y los tribunales, que lejos de ayudar a paliar la problemática han originado jurisprudencia contradictoria y han contribuido a aumentar esa incertidumbre legal.

Igualmente, centraremos nuestra atención en el debate ético que ha ocasionado la posición de la mujer portadora y el acceso restringido a la paternidad por parte de personas que cuentan con recursos económicos y que han convertido esta práctica en un mercado reproductivo.

2. RAZÓN DE LA ELECCIÓN DEL TEMA Y JUSTIFICACIÓN DE SU INTERÉS

La razón por la que elegí este tema es por la incontable cantidad de noticias que la prensa y los informativos de televisión han ido sacando a la luz a lo largo de todos estos años. Son numerosos los artículos en los que parejas que acudían a la gestación subrogada en países extranjeros que la permiten exponían públicamente sus casos y los problemas legales con los que contaban para inscribir a los niños en sus países de origen.

Es un tema de relevante actualidad que crea discrepancias en torno a lo que la sociedad está dispuesta a aceptar, las técnicas de reproducción humana asistida y la autonomía de la voluntad de aquellas mujeres que libremente deciden tener hijos que posteriormente no serán suyos. Expresiones como “el nuevo negocio global”, “el mercado de la reproducción” o “el turismo reproductivo”, nos indican la relevancia del tema en cuestión y el debate ético y jurídico que existe actualmente sobre las técnicas de reproducción humana asistida.

Esto me llevó a plantearme cuestiones como: ¿Qué países han legalizado y prohibido la gestación subrogada?; ¿Por qué los padres comitentes cuentan con problemas para inscribir a los menores en España?; ¿Cómo se protegen los derechos de los comitentes, la mujer gestante y el menor?

3. METODOLOGÍA SEGUIDA EN EL DESARROLLO DEL TRABAJO

Para la consecución de todos estos objetivos detallados con anterioridad me basaré en las disposiciones vigentes en España, así como las que regula el derecho comparado, jurisprudencia, estudios doctrinales, revistas multidisciplinarias del Derecho y artículos de opinión de diversos profesionales.

En cuanto a la metodología seguida, he considerado oportuno comenzar definiendo ciertos conceptos o nociones básicas para lograr una mejor comprensión de la temática que vamos a tratar. A continuación, expondré las incongruencias legales con las que contamos en España y la regulación con la que cuentan algunos de los países que han legalizado y prohibido la gestación subrogada en sus ordenamientos jurídicos.

Seguidamente, centraremos nuestra atención en la visión que tienen de esta problemática algunos organismos intergubernamentales, y veremos algunas de las resoluciones por las que han optado el Tribunal Supremo y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Por último, hablaré de los problemas éticos que ponen en tela de juicio la legalización de la práctica, y al término del trabajo procederé a exponer mis conclusiones y valoraciones pertinentes sobre el tema que ha sido objeto de investigación.

II. NOCIONES BÁSICAS

La gestación por sustitución es un método de reproducción asistida que podríamos definir como *«un acuerdo de voluntades en virtud del que una mujer acepta portar en su vientre un niño por encargo de otra persona o de una pareja, con el compromiso de que, una vez llevado a término el embarazo, entregará a aquélla o a aquéllos/as el recién nacido, renunciando a la filiación que pudiera corresponderle sobre el hijo así gestado»*¹. Este acuerdo según la presencia de una motivación económica, nos lleva a distinguir entre la subrogación comercial en la que la madre gestante participa por una contraprestación económica, o la subrogación altruista que teóricamente se realiza de forma “altruista” pero mediante la cual la mujer portadora recibe una compensación económica restringida a molestias físicas, gastos médicos, ingresos no recibidos al no poder trabajar durante un periodo, etc.

La reproducción asistida o fecundación artificial es el conjunto de técnicas o métodos biomédicos que facilitan o pueden sustituir a los procesos naturales de fecundación, lo cual ha permitido hacer uso de ellas a mujeres u hombres solteros y parejas homosexuales o heterosexuales que cuentan con problemas de fertilidad.

También es necesario especificar qué en función de cómo se consiga el embarazo de la gestante, existen dos tipos de gestación por sustitución². La primera sería la gestación subrogada tradicional o parcial donde la gestante es, además, la mujer que ofrece la carga genética. Además, habitualmente, cuando se habla de gestación subrogada, se hace referencia a aquella efectuada a través de una inseminación artificial con material genético del futuro padre, aunque también podría tratarse de una FIV³ con óvulos de la gestante. Y, por otro lado, la gestación subrogada gestacional o completa, en la que la gestante no aporta sus óvulos para gestar al embrión, sino que el material genético procede de una donante de óvulos o de la futura madre.

¹ BAYARRI MARTÍ, M.L., «Maternidad por subrogación. Su reconocimiento en España», [consultado 10 de julio de 2020]. Disponible en: <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/10338-maternidad-por-subrogacion-su-reconocimiento-en-espana/>

² TROLICE, M. y SALVADOR, Z., «¿Qué es la gestación subrogada?– Definición, tipos e indicaciones», [consultado 10 de julio de 2020]. Disponible en: <https://www.reproduccionasistida.org/gestacion-subrogada/#que-es-la-gestacion-subrogada>

³ Fecundación in Vitro.

Este acuerdo de voluntades se manifiesta a través de un contrato. En él se pacta que una mujer lleve a cabo una gestación por encargo de otra u otras personas, con la finalidad de entregar, una vez concluida la gestación, a un bebé. La mujer gestante dispone de una parte de su cuerpo, su útero, a través del cual se presta un servicio concreto, la gestación, siendo una de las obligaciones principales para la mujer gestante la entrega de una persona, el bebé que está por nacer, de acuerdo con el contrato firmado⁴.

En cuanto a la naturaleza jurídica de dicho contrato, estamos ante un contrato no tipificado puesto que el ordenamiento jurídico español no lo recoge. Los autores parecen identificarlo o bien con el arrendamiento de servicios o con el arrendamiento de obra⁵. En este contrato intervienen tres partes: en primer lugar, la pareja o miembro contratante, que pueden o no aportar el material genético; en segundo lugar, la mujer que dispone de su útero para llevar a cabo la gestación⁶ y, por último, el equipo médico encargado de efectuar la implantación del embrión en la portadora⁷.

Estas técnicas han generado un amplio debate tanto a nivel nacional como internacional que refleja la diversidad de concepciones acerca de la procreación humana en las regulaciones de sus países. Ello ha dado lugar, como veremos, a una situación de inseguridad jurídica que ha hecho que aquellos países que han prohibido su práctica (como es el caso de España) encuentren problemas para controlar y regular la situación jurídica de sus Estados, puesto que los ciudadanos recurren a estas prácticas para satisfacer sus deseos de tener niños en el extranjero acudiendo a países donde sí se encuentra legalizada.

⁴ SÁNCHEZ MARTÍNEZ, M. O., «La gestación por sustitución: una consecuencia lógica de la libertad reproductiva o un caso dramático de las reproducciones asistidas», *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, nº. 36, 2017, p. 107.

⁵ DÍEZ ROMERO, M.D.R., «La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico», *Diario La Ley*, nº. 7527, 2010, p. 1.

⁶ En el caso de que la mujer esté casada, en la mayoría de los contratos, su marido estará obligado a prestar su consentimiento para que no se apliquen las presunciones de paternidad y se le considere padre del menor nacido por esta vía.

⁷ FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, A.S., «Eficacia jurídico-registral del contrato de gestación subrogada», *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº. 6, 2011, p. 1.

III. LEGISLACIÓN RELATIVA A LA MATERNIDAD SUBROGADA EN ESPAÑA E INCONGRUENCIAS LEGALES

1. NULIDAD DE PLENO DERECHO DE LA GESTACIÓN SUBROGADA

En España esta práctica en principio se encuentra prohibida, ya que según la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida⁸, concretamente en su artículo 10 apartado primero considera que *«será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero»*.

En palabras de FERNÁNDEZ ECHEGARAY *«el razonamiento o fundamento de esta sanción de nulidad descansa en la prohibición de utilizar un cuerpo ajeno para ubicar en él un embarazo cuyo fruto será entregado a persona distinta de la mujer que ha desarrollado la gestación»*⁹.

La idea es que de conformidad con el artículo 10.2 de la LTRHA¹⁰ el nacido como consecuencia de estos contratos de gestación por sustitución es “hijo” de la mujer que da a luz. Parece ser que los numerosos especialistas de derecho civil no ven razón alguna para cambiar el criterio legal vigente en España. Por lo que, los mismos aluden al hecho de que, desde su punto de vista, la prohibición debe permanecer para evitar el comercio sobre el cuerpo humano y sobre las personas, así como la explotación de la mujer gestante, de forma que se debería confirmar que el estado civil es indisponible por los particulares¹¹.

⁸ LTRHA, en adelante.

⁹ FERNÁNDEZ ECHEGARAY, L., *La gestación por sustitución y la reproducción humana asistida en España: ¿incoherencia normativa o legislación garantista*, [libro electrónico], Aranzadi, Navarra, 2019 [consultado 11 de julio de 2020]. Disponible en: <https://proview.thomsonreuters.com/library.html>

¹⁰ Artículo 10.2 de la LTRHA: *«La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto»*.

¹¹ CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA, G. J., «Gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.», *Cuadernos de Derecho Transnacional* [revista electrónica], nº. 2, 2015, pp. 45-113 [consultado 12 de julio de 2020]. Disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/2780>

La ley igualmente, en su artículo 10.3¹² de la LTRHA deja una vía de escape para que aquellas personas que hayan contratado con este tipo de técnica puedan reconocer a esos niños a partir de la acción de reclamación de paternidad o mediante la adopción.

La decisión que tomó el legislador en la Ley 35/1988 y que se sigue manteniendo en la vigente Ley 14/2006 de 26 de mayo, es que la filiación por las técnicas mencionadas es sin lugar a dudas, una filiación natural porque la manipulación del hijo en sus orígenes no debe modificar la clasificación jurídica de la filiación. No obstante, las técnicas de reproducción asistida harán que la determinación de la filiación no sólo se haga por naturaleza o adopción, sino que el uso de estas técnicas haga necesario introducir otra vía de determinación en la que “el elemento determinante sea no el biológico o genético sino el volitivo¹³”. Por lo tanto, podemos concluir que el legislador se ha negado a establecer una tercera clase de filiación, a sumar a la natural y la adoptiva o a discriminar según el tipo de reproducción asistida empleada, estas opciones son defendidas por parte de la doctrina¹⁴.

En el ámbito penal, se pueden imponer sanciones a quienes participan en la gestión subrogada de acuerdo con los artículos 220 y 221 del CP. Estos preceptos regulan los supuestos de suposición de parto y alteración de la paternidad, estado o condición del menor. Por lo que únicamente cuando se realicen las conductas descritas en estos artículos, se aplicará la sanción prevista en el ordenamiento penal.

2. INSTRUCCIÓN DE 5 DE OCTUBRE DE 2010

Parece que existen ciertas incongruencias legales en nuestra legislación, ya que aún a pesar de que la Ley 14/2006 como ya hemos visto prohíba la gestación por sustitución, la

¹² Artículo 10.3 de la LTRHA: «Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales».

¹³ BARBER CARCAMO, R., «Reproducción asistida y determinación de la filiación», *REDUR*, nº. 8, 2010, p. 27.

¹⁴ El legislador español no reviste a la voluntad del padre o madre que pretenda constituir la filiación del nacido como hijo del carácter de título de determinación de la filiación, siendo los vigentes los establecidos en los artículos 115 y 120 del Código Civil. Sólo se admite una excepción: la manifestación de la mujer casada con otra ante el Encargado del Registro Civil y previa al nacimiento del hijo de su cónyuge incluida en el artículo 7.3 LTRHA.

Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y el Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, parece que ha dejado sin contenido efectivo tal prohibición, ya que contempla la inscripción en el Registro Civil de los niños nacidos fruto de esta técnica siempre que el procedimiento se haya regulado en el país donde se lleva a cabo la práctica, que exista una resolución judicial que asegure, entre otras cuestiones, los derechos de la mujer gestante y finalmente, que uno de los padres sea español.

Esta Instrucción permite el acceso al Registro Civil español a los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución siempre y cuando al menos uno de los progenitores sea de nacionalidad española y se cumplan los requisitos formulados. Sería un requisito previo, la presentación ante el encargado del Registro Civil de una resolución judicial dictada por tribunal competente en el país de origen, cuyo objetivo es controlar el cumplimiento de los requisitos del país donde se ha formalizado, así como acreditar la plena capacidad jurídica y de obrar de la mujer gestante y la eficacia legal del consentimiento prestado por ella.

La finalidad que se pretende permitiendo tal inscripción registral es la de dotar de plena protección jurídica el interés superior del menor. Según se determina en la propia Instrucción dicha protección constituye el objetivo esencial de la misma contemplado desde una perspectiva global, y por ello es necesario abordar tres aspectos igualmente importantes: uno de los progenitores ha de ser nacional español con el fin de que la filiación tenga acceso al Registro Civil, como vía de reconocimiento a efectos registrales de su nacimiento; la inscripción registral no puede dar soporte legal a los supuestos de tráfico internacional de menores y el respeto a los derechos del menor en lo que respecta al conocimiento de su origen biológico (artículo 7.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989¹⁵, artículo 12 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional¹⁶, así como en la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1999).

¹⁵ Artículo 7 CDN: «1. El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos».

¹⁶ Artículo 12 Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional: «Las personas adoptadas, alcanzada la mayoría de edad o durante su minoría de edad a través de sus representantes legales, tendrán derecho a conocer los datos que sobre sus orígenes obren en poder de las Entidades Públicas (...)».

Por lo que hemos podido ver, España cuenta con dos problemas jurídicos que son claramente perceptibles y que por supuesto se encuentran interrelacionados. Por un lado, la LTRHA prohíbe, de forma expresa, el contrato derivado de la gestación por sustitución lo que provoca que los ciudadanos españoles consigan ser padres mediante esta técnica en el extranjero, en aquellos países donde se encuentra legalizada. Y, por otro lado, tenemos un problema con el reconocimiento de los menores nacidos de ese contrato por gestación en el Registro Civil derivado de ese mercado internacional que se ha creado.

A efectos de su reconocimiento, deberá instarse el pertinente exequátur a no ser que el encargado del Registro considere que la resolución extranjera tiene su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, en cuyo caso, se requerirá el reconocimiento incidental de la resolución como requisito previo a su inscripción¹⁷. Este control busca garantizar el interés superior del menor y los derechos de la madre gestante.

Para comprender el contexto por el cual surge la citada instrucción con la intención de paliar el segundo problema que hemos nombrado, es necesario hacer referencia a uno de los casos más paradigmáticos y controvertidos en España, que gira en torno a una pareja homosexual que en el año 2008 consiguió inscribir en el Registro Civil Consular de Los Ángeles la filiación de un menor concebido a partir de un contrato de gestación por sustitución en Estados Unidos, contando con una certificación registral californiana. Dicha inscripción fue confirmada por la Resolución de la DGRN de 18 febrero de 2009 que admitió la posibilidad de inscribir la filiación obtenida a través de la certificación registral. Aunque, finalmente el Tribunal Supremo en la sentencia de 6 febrero de 2014¹⁸ denegó la inscripción de la filiación que se había practicado en tal caso con fundamento en un contrato de gestación por sustitución ya que entendía que de otro modo estaríamos admitiendo en nuestro sistema legal una práctica contraria a derecho, que lo que pretende es eludir y contrariar el orden público español.

Es imprescindible nombrar la reciente y muy polémica Instrucción de 14 de febrero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución que

¹⁷ BAUTISTA, J., «Maternidad subrogada», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º. 815, 2011, p. 1.

¹⁸ Será objeto de análisis en el apartado VII del trabajo.

permitía, a través del reconocimiento, la inscripción de la filiación paterna en relación al comitente español, siempre que éste ofreciera una prueba genética como medio de acreditación, demostrando la realidad de esa filiación paterna biológica. De esta forma quedaba eliminada la necesidad de obtener un pronunciamiento judicial extranjero que demostrase la filiación de los comitentes que habían recurrido a esta técnica, a partir de un procedimiento administrativo de reconocimiento extrajudicial que se llevara a cabo en el Registro Civil Consular.

3. INSTRUCCIÓN DE 18 DE FEBRERO DE 2019

La realidad es que la citada instrucción tuvo los días contados, ya que el 18 de febrero de 2019, la Dirección General de los Registros y del Notariado dictó Instrucción sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución dejando sin efecto la del 14 de febrero y declaró la vuelta al régimen de la Instrucción del 5 de octubre de 2010.

Pero la cuestión es que la Instrucción del 5 de octubre de 2010 sigue sin aportar ningún tipo de garantía o seguridad jurídica. Nos encontramos con una práctica que se encuentra prohibida por la ley española pero que permite la posibilidad de seguir inscribiendo en España una filiación que ha sido fruto precisamente de la gestación por sustitución en el extranjero en favor de los comitentes. Como afirma MUÑOZ RODRIGO, la exigencia de un pronunciamiento judicial o sentencia, es una forma que permite garantizar los derechos de las partes puesto que asegura que la mujer gestante haya prestado su consentimiento al procedimiento de gestación subrogada, sin que quepa alegar violencia, error, engaño o intimidación. No obstante, ello no quita que la Instrucción cree una vía para esquivar la legislación española¹⁹.

¹⁹ MUÑOZ RODRIGO, G., «La filiación y la gestación por sustitución: A propósito de las Instrucciones de la DGRN de 14 y 18 de febrero de 2019», *Actualidad Jurídica Iberoamericana* [revista electrónica], n.º. 10 bis, 2019, pp. 722-735 [consultado 14 de julio de 2020]. Disponible en: <http://www.revista-aji.com/revista-numero-10-bis/>

Igualmente, y en la misma línea SERRA ALCEGA crítica que la cuestión del reconocimiento no está regulada por una ley, sino por una norma de rango reglamentario que provoca una situación de poca claridad e inseguridad jurídica²⁰.

IV. PAÍSES EUROPEOS EN LOS QUE SE ENCUENTRA PROHIBIDA

Como bien somos conocedores existen notables diferencias entre las distintas regulaciones que los países han adoptado en torno a esta práctica. Entre algunos de los países europeos que prohíben expresamente la gestación por sustitución se encuentran España, Francia, Italia, Alemania, Suiza, Austria y Portugal²¹.

Debido al revuelo internacional que ha causado una de las sentencias que vamos a estudiar más adelante en el trabajo, sería conveniente analizar la regulación legal en el caso de Francia.

En lo que respecta a Francia el Capítulo II del Código Civil francés habla del respeto al cuerpo humano y en su artículo 16 especifica que *«la ley asegura la primacía de la persona, prohíbe cualquier atentado contra su dignidad y garantiza el respeto al ser humano desde el comienzo de su vida»*. Siendo más concretos todavía, en el apartado 7 del mismo artículo es donde se establece la nulidad de cualquier contrato de gestación subrogada establecido entre los padres de intención y la gestante al expresar en su articulado que *«todo convenio referente a la procreación o la maternidad subrogada es nulo»*.

El Código Penal francés, en su artículo 227- 12, castiga con una pena de un año de prisión y una multa de 15.000 euros la intermediación entre una persona o una pareja con deseo de tener un hijo y una mujer dispuesta a gestarlo, doblando la pena en el caso de que, además, el contrato se realice con precio o ánimo de lucro. De igual forma, en el artículo

²⁰ SERRA ALCEGA, M., «Reconocimiento de la maternidad subrogada en el Derecho Internacional Privado Español», *RJUAM*, nº. 32, 2015, pp. 285-296 [consultado 14 de julio de 2020]. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5379754>

²¹ LAMM, E., *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 2013, p.118.

227- 13 se establece que los casos de sustitución voluntaria, simulación u ocultación de datos que dañaran la integridad del estado civil de un niño serán castigados con tres años de prisión y multa de 45.000 euros.

Por último, el artículo 511- 24 prevé que el hecho de practicar técnicas de reproducción asistida no reconocidas o permitidas por el Código de Salud Pública, en donde evidentemente también se englobaría la gestación subrogada, es sancionado por el Código Penal francés con cinco años de prisión y 75.000 euros de multa.

En Francia, la situación de la gestación subrogada depende de textos legales relacionados con la bioética más que con las técnicas de reproducción médicamente asistida. Por lo tanto, la actuación de Francia busca la protección de los principios fundamentales de la bioética en lugar de regular las técnicas de reproducción humana asistida. Es por ello por lo que la misma se condena en el plano ético y jurídico en base a dos cláusulas en lo que respecta al orden público:

- El cuerpo humano no puede ser objeto de un contrato privado (como ya hemos visto en el artículo 16-1 del Código Civil francés).
- La condición jurídica de una persona no puede ser objeto de un contrato privado²².

V. PAÍSES EN LOS QUE SE ENCUENTRA LEGALIZADA

Para que la gestación subrogada pueda considerarse una práctica legal debe encontrarse regulada en el ordenamiento jurídico del respectivo país mediante una ley que permita expresamente esta práctica reproductiva. Aunque, es necesario especificar que la legislación de estos países que la permiten cuenta con importantes divergencias a la hora de establecer los requisitos para llevarla a cabo. Como podremos observar las parejas homosexuales y los hombres solteros tienen muchísimas más dificultades para poder acceder a la gestación subrogada. La mayoría de países opta por legalizar esta práctica

²² ÁLVAREZ, N., «Gestación subrogada en Francia: ¿Qué restricciones impone la ley», [consultado 15 de julio de 2020]. Disponible en: <https://babygest.com/es/francia/>.

para parejas heterosexuales en las que la mujer cuenta con problemas para poder gestar por sí misma.

1. PAÍSES QUE LA PERMITEN DE FORMA ALTRUISTA

Los países que actualmente han legalizado la gestación subrogada en su modalidad altruista en sus ordenamientos son: Canadá, Israel, Grecia, Reino Unido, Brasil, Australia, México (Estado de Tabasco), Sudáfrica, Uruguay, Vietnam, India, Tailandia y Chipre²³. Para poder hacernos una idea de la diversidad existente a la hora de regular esta práctica analizaremos los requisitos legales de algunos de los países mencionados:

1.1. CANADÁ

La maternidad subrogada en Canadá cuenta con una de las legislaciones que más flexibilidad presentan para los modelos de familia que pretenden acudir a la misma, ya que es admisible tanto para parejas heterosexuales, como parejas homosexuales y también para hombres o mujeres solteras.

La Ley de Reproducción Humana Asistida, de 29 de marzo de 2004²⁴ es la que regula ciertos aspectos o pautas que han de tenerse en consideración para acudir a dicha práctica. Es aplicable a todo el territorio nacional, salvo la provincia de Quebec que recoge en su Código Civil la nulidad de cualquier acuerdo en materia de gestación subrogada²⁵.

Los requisitos son los siguientes:

- La mujer portadora debe tener como mínimo 21 años de edad, esto se deduce del artículo 6.4 que prohíbe que los miembros de la profesión médica presten asistencia a

²³ FERNÁNDEZ ECHEGARAY, L., *La gestación por sustitución...*, op. cit., pp. 149 y 150.

²⁴ *Assisted Human Reproduction Act*. 2004, de 29 de marzo.

²⁵ *Civil Code of Québec - Chapter I.1*, n.º. 541.

una persona de sexo femenino para convertirse en gestante, cuando se sabe o se tiene razones para creer que ella es menor de 21 años²⁶.

- El artículo 3 de la ley define a la mujer gestante como *«aquella persona de sexo femenino que con la intención de entregar el niño al nacer a un donante o a otra persona, gesta un embrión o feto que es concebido por medio de un procedimiento de reproducción asistida y con gametos de donante o donantes»*. Por lo que, se excluye la posibilidad de que la fecundación pueda producirse a través de relaciones sexuales entre la gestante y el donante²⁷.
- El artículo 6.1 estipula que está prohibido el pago por el servicio a la madre portadora. Aunque, el 26 de octubre de 2018 el Ministerio de Salud de Canadá presentó un reglamento para clarificar los gastos que las madres portadoras pueden solicitar como reembolso. Aún a pesar de que la Ley prohíbe la remuneración, la misma también indica que las mujeres que se ofrecen como voluntarias para esta práctica pueden pedir que ciertas cantidades les sean devueltas. Este reglamento lo que facilita es que la madre portadora se le puede reembolsar por gastos de transporte, jurídicos, por ropa de maternidad y de pagos a aseguradoras. Además, se puede justificar el pago de aquel salario dejado de percibir o lucro cesante, siempre que se demuestre con facturas y comprobantes²⁸.
- El artículo 6.2 prohíbe que cualquier persona o agencia actúe como intermediaria en el proceso de subrogación o publiciten sus servicios con fines de lucro.

La Ley concreta las siguientes restricciones a la maternidad subrogada en Canadá: nadie puede remunerar a una mujer para que sea madre de alquiler, ofrecerse a pagar dichas contraprestaciones o anunciar que se pagarán puesto que la gestación se concibe como un acto de generosidad; nadie puede aceptar contraprestaciones por gestionar los servicios de una madre subrogada, ofrecerse a gestionar dichos servicios obteniendo una remuneración por ello o anunciar la gestión de estos servicios y

²⁶ FERNÁNDEZ ECHEGARAY, L., *La gestación por sustitución...*, op. cit., p. 174.

²⁷ LAMM, E., *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres...*, op. cit., pp. 148 y 149.

²⁸ PORRAS FERREYRA, J., «Canadá abre la puerta a pagar por la gestación subrogada: Las madres gestantes podrán contar con gastos de transporte, jurídicos, por ropa de maternidad y de pagos a aseguradoras», 2019. [consultado 16 de julio 2020]

Disponible en: https://elpais.com/sociedad/2019/01/10/actualidad/1547144212_552646.html

tampoco nadie puede pagar contraprestaciones a otra persona por gestionar los servicios de una madre subrogada, ofrecerse a pagar contraprestación por dichos servicios o anunciar el pago de los mismos²⁹.

1.2. SUDÁFRICA

Es a partir del año 2010 desde que se permite la gestación subrogada. Su regulación legal se encuentra regulada en la *Children's Act*, n.º 38 de 2005, concretamente en el capítulo 19³⁰. Este país prevé un sistema de pre autorización, es decir, para que el acuerdo de gestación sea válido debe ser aprobado anteriormente por un juez antes de que se produzca la implantación de embrión en la mujer gestante³¹. Un dato muy interesante a tener en cuenta es que en Sudáfrica en el año 1987, por primera vez en la historia una mujer llamada Pat Anthony actuó como gestante para su hija dando a luz a trillizos³², lo cual en su momento causó un fuerte debate ético. Al igual que la ley canadiense, en el artículo 301 de la *Children's Act* se contempla la posibilidad de acceso a esta técnica tanto para parejas como personas solteras, independientemente de cual sea el estado civil u orientación sexual.

El interés superior del niño es un requisito fundamental a tener en cuenta a la hora de interpretar las disposiciones del capítulo 19 de la *Children's Act*, puesto que debe entenderse en contexto con lo dispuesto en el capítulo 2 de la Constitución de Sudáfrica³³, que, entre otras cosas, consagra el derecho al cuidado parental y declara primordial el interés superior del niño³⁴.

Los requisitos del acuerdo, encuentran su base legal en los artículos 292 a 301 de la *Children's Act*, y son los siguientes:

²⁹ COMELLI ÁVILA, M.A., «El contrato de gestación por sustitución, estudio comparado: México, India, Canadá, Ucrania: propuesta de regulación para Guatemala», *Tesis Doctoral*, Universidad Rafael Landívar, 2013, p. 63.

³⁰ *Children's Act* 38 of 2005

³¹ FERNÁNDEZ ECHEGARAY, L., *La gestación por sustitución...*, op. cit., p. 175.

³² LAMM, E., *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres...*, op. cit., p. 164.

³³ *Constitution of the Republic of South Africa*, n.º. 108 of 1996

³⁴ LAMM, E., *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres...*, op. cit., p. 165.

- Debe ser realizado por escrito y firmado por todas las partes implicadas, y ha de ser necesariamente dentro del propio país.
- Si la gestante está casada, o tiene pareja, se requerirá su consentimiento por escrito. En el caso de la gestación subrogada de tipo tradicional esto será indispensable, pero en la de tipo gestacional la falta de consentimiento podrá suplirse por el juez que podrá autorizar el acuerdo.
- Se prohíbe cualquier promesa o entrega de recompensa, dinero o compensación a la mujer portadora. Únicamente se puede otorgar una compensación en relación con aquellos gastos que estén directamente relacionados con la fecundación artificial de la gestante, el embarazo, parto y confirmación del acuerdo de gestación por el Tribunal Supremo. También se podrá otorgar por la pérdida de ingresos derivados del acuerdo gestacional, así como en concepto de un seguro por muerte o incapacidad generado como consecuencia del acuerdo.
- Se les concede el derecho a recibir una compensación a aquellos profesionales que actúen como intermediarios en el acuerdo de gestación por sustitución en base a los servicios prestados.
- Los comitentes (al menos uno, en caso de ser una pareja), y la gestante (y en caso de que esté casada también su cónyuge) deben tener su domicilio en Sudáfrica.

1.3. INDIA

Junto con Tailandia fue uno de los países más demandados para llevar a cabo el proceso de gestación subrogada, ya que en ambos casos se permitió en su modalidad comercial. El coste para llevar a cabo este proceso se situaba entre 20. 000 y 30. 000€³⁵.

La falta de regulación en el caso de la India provocó durante años importantes abusos. El hecho de que se explotaran los derechos de las mujeres gestantes, llevó a los tribunales a

³⁵ ÁLVAREZ, N., «Gestación subrogada en la India – ¿Qué dice la nueva ley?», [consultado 16 de julio de 2020]. Disponible en: <https://babygest.com/es/india/#precio-del-tratamiento>

advertir sobre la necesidad de una regulación que marcara ciertas pautas o limitaciones en relación con estos acuerdos de gestación por sustitución³⁶.

La ley que actualmente se encuentra en vigor y que regula esta práctica fue aprobada en noviembre de 2016 y sólo se permite el acceso a la maternidad subrogada a matrimonios indios debiendo acreditar que cuentan con problemas de fertilidad, y únicamente de forma altruista. No obstante, se contempla como requisito el consentimiento expreso del marido, si lo hay, para que la mujer india pueda intervenir en el proceso de gestación subrogada.

Los requisitos actuales para ser gestante en la India, son³⁷: tener una edad inferior a los 35 años; haber tenido ya al menos un hijo; tras la firma del contrato, se pierde el derecho de interrumpir de forma voluntaria el embarazo (excepto casos específicos); y para evitar las cuestiones emocionales que puedan aparecer, no podrá existir ninguna relación entre los futuros padres y la gestante, así como tampoco mantener una relación genética con el futuro bebé.

1.4. REINO UNIDO

En el Reino Unido, la gestación por sustitución se regulaba en la *Surrogacy Arrangements Acts* de 1985, la *Adoption and Children Act* de 2002, la *Human Fertilisation and Embryology Act* de 2008 y otros instrumentos como la *Fertilisation and Embryology (Parental order) Regulations* de 2010³⁸.

Únicamente se acepta la maternidad subrogada por motivos médicos y de forma altruista (excluyendo el pago de los gastos propios del proceso de la gestación), sin intermediarios. La determinación de la filiación requiere igualmente decisión judicial.

³⁶ FERNÁNDEZ ECHEGARAY, L., *La gestación por sustitución...*, op. cit., p. 182.

³⁷ ÁLVAREZ, N., «Gestación subrogada en la India...», op. cit., [consultado 16 de julio de 2020]

³⁸ ÁVILA HERNÁNDEZ, C.J., «La maternidad subrogada en el Derecho comparado», *Cadernos de Direito Actual*, nº. 6, 2017, p. 330.

La legislación británica, contó en sus inicios con la influencia del *Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology* quién emitió el *Informe Warnock* en el que se recomendó declarar ilegal todo acuerdo de gestación por sustitución³⁹.

En lo que respecta a la *Surrogacy Arrangements Act* regula la prohibición de iniciar o colaborar en negociaciones destinadas a concertar, ofertar o recopilar, información sobre contratos de gestación subrogada. El Reino Unido, por tanto, ha prohibido la práctica comercial de la gestación por sustitución, pero la ha admitido en su modalidad altruista. Con independencia de ello, se permite que se abonen a la mujer gestante, únicamente aquellos gastos que la propia ley define como “razonables” siempre que se realice sin la intervención de terceros que puedan lucrarse o hacer de su profesión la asesoría dedicada a este tipo de contratos.

De conformidad con el artículo 33 de la *Human Fertilisation and Embryology Act* de 2008 la filiación se determina a favor de la mujer gestante, aun cuando la misma no aporte su material genético. En el caso de que se encuentre casada, su cónyuge será considerado el padre del menor, a menos que demuestre que no prestó su consentimiento cuando se llevó a cabo el acuerdo de gestación. Sólo se transfiere esta filiación a los comitentes, una vez pasado un período de seis semanas que se otorga a la gestante para reflexionar si decide o no quedarse con el niño y siempre que éstos lo soliciten ante los tribunales.

Por otro lado, en caso de que la gestante no esté casada, el comitente que aportó el semen adquirirá automáticamente la condición de padre con todos sus efectos legales al momento de nacer el niño, adquiriendo responsabilidad parental una vez es registrado en el certificado de nacimiento, sin necesidad de que la gestante preste su consentimiento. De lo contrario, en el caso de que el comitente no fuese el aportante de esperma o la mujer comitente de óvulos, podrán ser designados legalmente como padres del niño en el momento en el que nazca el mismo, adquiriendo la responsabilidad parental una vez sean registrados como tales en el certificado de nacimiento, siempre que tanto la mujer portadora como el comitente hayan consentido previamente.

Por último, especificar que el 1 de abril de 2009, la regulación se vio ampliada con la entrada en vigor de la *Human Fertilisation and Embryology Act* de 2008, ya que permitió

³⁹LAMM, E., *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres...*, op. cit., pp. 131 y 132.

que se estableciera la filiación de los menores nacidos por esta técnica, en relación con personas del mismo sexo (siempre que estuvieran unidas en unión civil registrada)⁴⁰.

2. PAÍSES QUE LA PERMITEN DE FORMA COMERCIAL

Entre aquellos países en los que la gestación por sustitución se encuentra regulada de una manera amplia e incluso comercial, nos encontramos con algunos Estados de los Estados Unidos de América, Rusia, Ucrania y México (Estado de Sinaloa)⁴¹. Como posteriormente veremos en las sentencias que vamos a exponer en el apartado VII del presente trabajo, los comitentes habían llevado a cabo el contrato gestacional en Estados Unidos y Rusia, por lo que nos dedicaremos a analizar únicamente la legislación de estos dos países:

2.1. ESTADOS UNIDOS

Es uno de los destinos más demandados para llevar a cabo tal práctica, aunque el coste total del proceso es mucho mayor que en otros países principalmente porque su sanidad es privada. Al tratarse de un Estado Federal, la legislación varía con respecto a cada Estado, existiendo tres situaciones posibles: Estados donde una ley lo permite, Estados donde ninguna ley lo permite o lo prohíbe y Estados donde una ley lo prohíbe.

Entre los Estados que expresamente la prohíben se encuentran Arizona⁴² y Nueva York⁴³ que consideran nulos e inaplicables este tipo de contratos. También Míchigan⁴⁴, que además, persigue como delito esta práctica y castiga a la mujer gestante que celebra este tipo de contrato en su modalidad comercial con multa de hasta 10,000 dólares o prisión hasta 1 año, o ambas. Igualmente se castiga a los intermediarios que intervengan en un contrato de gestación subrogada comercial por un delito grave penado con una multa de hasta 50,000 dólares o prisión de hasta 5 años, o ambas.

⁴⁰ FERNÁNDEZ ECHEGARAY, L., *La gestación por sustitución...*, op. cit., p. 181.

⁴¹ LAMM, E., *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres...*, op. cit., p. 170.

⁴² *Arizona Revised Statutes, Title 25, Chapter 2, Section 25-218.*

⁴³ *Consolidated Laws of New York, Domestic Relations, Article 8, Sections 121 – 124.*

⁴⁴ *Michigan Compiled Laws, Chapter 722, Section 722.859.*

Por otro lado, entre aquellos Estados que no tienen ni ley ni jurisprudencia que regule la gestación subrogada se encuentran por ejemplo Alaska, Alabama, Colorado, Delaware, Idaho, Georgia, Kansas, Kentucky, Minnesota, Maine, Montana, Mississippi, Missouri, Oregon, Oklahoma, Rhode Island, South Dakota, Vermont, Wisconsin y Wyoming⁴⁵.

En lo que respecta a aquellos Estados que permiten la gestación subrogada debemos distinguir entre:

Los Estados que cuentan con una legislación que lo permite, pero con ciertas restricciones, como sería el caso de Texas, Virginia, Utah, Florida, Illinois y New Hampshire⁴⁶. Por ejemplo en el caso de Florida, su regulación legal⁴⁷ prevé los siguientes requisitos:

- a) Los comitentes deben ser mayores de edad y estar casados.
- b) La comitente debe contar con problemas de fertilidad que deberán acreditarse por un médico.
- c) La mujer gestante debe contar con más de dieciocho años.
- d) La gestante debe comprometerse a renunciar a sus derechos parentales una vez nazca el niño, y a su vez los comitentes deben comprometerse a asumir aquellas responsabilidades y derechos parentales del niño inmediatamente tras su nacimiento.
- f) En el caso de que ninguno de los comitentes sea el padre genético del niño, la madre gestante deberá comprometerse a asumir los derechos y responsabilidades parentales del niño para evitar así la posible desprotección del mismo.
- g) Los padres comitentes, dentro de los tres días siguientes al nacimiento del niño, tendrán que instar una declaración judicial de paternidad.

Entre los Estados que no cuentan con una legislación que regule la práctica, pero que mediante sus fallos los tribunales han creado precedentes al respecto, nos encontramos por ejemplo con casos como el de Carolina del Sur, Pensilvania, Massachusetts y California.

⁴⁵ LAMM, E., *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres...*, op. cit., p. 186.

⁴⁶ FERNÁNDEZ ECHEGARAY, L., *La gestación por sustitución...*, op. cit., pp. 194-198.

⁴⁷ *The 2019 Florida Statutes, Title XLIII, Chapter 742, Sections 742.15- 742.16.*

California es uno de los destinos más demandados por los ciudadanos extranjeros residentes en países que no permiten esta práctica, como es el caso de España. Esto es así, puesto que la Dirección Registral Californiana reconoce la filiación del niño en favor de los padres comitentes, lo que permite que éstos cuenten con una mayor facilidad a la hora de inscribir a los niños como propios en el Registro Civil de su país.

Es necesario especificar que ese reconocimiento de la filiación a favor de los comitentes no se produce de forma automática, puesto que, una vez celebrado el acuerdo los comitentes deben cumplir con los trámites exigidos en la Sección 7630 (f) del Código de Familia Californiano. Para que la filiación del niño, de conformidad con la voluntad de las partes, se establezca en favor de los padres comitentes, se debe instar a un procedimiento judicial que debe iniciarse durante el embarazo. Posteriormente, el órgano judicial competente resolverá en unidad de acto⁴⁸.

Como hemos visto, esta técnica se ha consolidado plenamente en este Estado, y es que para celebrar un acuerdo de gestación puede llegar a costar como mínimo 100.000 dólares, cantidad que se reparte entre la madre contratada que cobra alrededor de unos 25.000, la donante que aporta el óvulo entre 4.000 y 10.000, y la agencia especializada, médicos y abogados que reciben la diferencia⁴⁹.

2.2. RUSIA

La maternidad subrogada es legal e incluso la comercial. La normativa que regula la subrogación en Rusia se encuentra recogida en tres leyes: El Código de Familia de la Federación de Rusia de 1995, la Ley Federal de la Salud de 2011 y la Ley Federal sobre los Actos de Registro del Estado Civil de 1997.

Además de la Orden Ministerial número 67 del Ministerio de Salud Pública de la Federación de Rusia, sobre Aplicación de las Técnicas de Reproducción Asistida en el

⁴⁸ LAMM, E., *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres...*, op. cit., p. 191.

⁴⁹ FERNÁNDEZ ECHEGARAY, L., *La gestación por sustitución...*, op. cit., pp. 199 y 200.

Tratamiento de la Infertilidad Femenina y Masculina, de 26 de febrero de 2003, que se encarga de regular la parte médica de la gestación por sustitución⁵⁰.

Los requisitos para acceder a esta técnica son los siguientes⁵¹:

- El artículo 55 de la Ley Federal de la Salud de 2011 determina que es accesible para parejas heterosexuales casadas, no casadas, solteros y solteras.
- Únicamente se permite la subrogación gestacional, por lo que la madre subrogada no aporta sus óvulos y, por tanto, no tiene ningún vínculo genético con el bebé.
- La madre gestante debe tener entre 20 y 35 años de edad y necesariamente debe gozar de buena salud tanto física como psíquica. Además, se establece como requisito que tiene que haber tenido un hijo propio con anterioridad y que esté sano.
- La gestante debe participar en un programa de gestantes sustitutas. En el caso de que esté casada para poder participar es necesario el consentimiento previo del marido.
- El artículo 56 de la Ley Federal de Salud de 2011 otorga el derecho a que la mujer pueda decidir libremente sobre todas aquellas cuestiones relacionadas con su maternidad. Por tanto, el acuerdo de gestación no puede llevar cláusulas que prohíban a la mujer gestante interrumpir el embarazo de conformidad con la legislación rusa.
- En lo que respecta la inscripción registral de los niños nacidos a través de la maternidad subrogada se rige por el Código de Familia de Rusia, en sus artículos 51 y 52, y por la Ley de Actos del Estado Civil en su artículo 16. La mujer gestante tiene que dar su consentimiento para que pueda ser registrado el nacido. En el caso de que otorgue su consentimiento, los comitentes serán registrados como padres legales, y a la hora de llevar a cabo la anotación registral deberán aportar una nota oficial de la clínica médica donde se llevó a cabo la gestación, como medio para confirmar que la gestante prestó su consentimiento para que el niño fuera registrado a favor de los

⁵⁰ FERNÁNDEZ ECHEGARAY, L., *La gestación por sustitución...*, op. cit., p. 186.

⁵¹ REDACCIÓN GESTLIFE, «Situación jurídica en Rusia en gestación subrogada», 2020, [consultado 25 de julio 2020]. Disponible en: <https://www.gestlifesurrogacy.com/rusia-gestación-subrogada-maternidad-subrogada-en-rusia.html>

mismos. Aunque, también se permite la posibilidad de que la gestante pueda arrepentirse, o no prestar su consentimiento y, por ende, decida quedarse con el bebé.

VI. VISIÓN DE LA PROBLEMÁTICA DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LOS ORGANISMOS INTERNACIONALES

En lo que respecta al ámbito internacional, vamos a ver algunos organismos intergubernamentales que de alguna manera (bien directa o ya sea indirectamente) se han pronunciado sobre esta controvertida temática.

Concretamente, en lo que respecta a los organismos internacionales que han influido sobre la materia nos encontramos con la Organización de las Naciones Unidas, la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, el Consejo de Europa y la Unión Europea. Vamos a hablar un poco sobre cada uno de ellos y sobre las diferentes visiones que han aportado.

- La Organización de Naciones Unidas (ONU)⁵²

El día 20 de noviembre de 1989 la misma aprobó la Convención sobre los Derechos del Niño. Una cuestión fundamental que se encarga de regular en su artículo 3º es el interés superior del niño, especificándose en la propia convención que todas las medidas que se tomen respecto del menor deben estar basadas en la consideración del interés superior del mismo. Y, que además es el Estado quién debe encargarse de asegurar una adecuada protección y cuidado, cuando los padres y madres, u otras personas responsables, no tienen capacidad para hacerlo. Siendo un poco más concretos en el apartado primero de dicho artículo se especifica que *«en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño»*.

⁵² Gran parte de la información es extraída del «Informe del Comité de Bioética sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada.», pp. 40-44, [consultado 17 de julio de 2020]. Disponible en: <http://www.comitedebioetica.es/>

Este principio afecta de igual manera a los niños que nacen fruto de la gestación subrogada, y es que el precepto debe entenderse aplicado a cualquier niño sin discriminación alguna por razón de su filiación. Igualmente, el interés del menor también se encuentra regulado con la intención de luchar contra el tráfico de niños.

Se hace referencia al tráfico de niños, precisamente porque existe una similitud entre la compraventa de niños y la maternidad subrogada y es que en ambas se busca poner a disposición un niño a quien lo desea; además de que en algunos casos en los que el ordenamiento jurídico permite que exista una contraprestación, como hemos visto en aquellos países que legalizaban la gestación subrogada comercial, asimilándose de esta manera ambas prácticas porque se realizan por un cierto precio, despreciando y quitando valor a la vida humana, y adecuándose a un objeto en una compraventa.

Igualmente, no podemos no hacer inciso en que también entre ambas prácticas existe una diferencia radical, y es que en el caso del tráfico de niños se encuentra universalmente reconocida por ser contraria a la dignidad del niño y que además está perseguida como delito en los ordenamientos jurídicos, mientras que en el caso de la maternidad subrogada es considerada en algunos países como una práctica lícita en la medida en que se ajuste a ciertas exigencias que ya hemos podido ver anteriormente. Aunque, hay muchos otros países, como es el caso de España, que han optado por prohibir dicha práctica y han puesto en duda desde un punto de vista ético como veremos más adelante la misma.

Dicho esto, resulta necesario pronunciarse acerca de la similitud de las dos prácticas antes nombradas haciendo mención del artículo 221.1 del Código Penal⁵³ que persigue como delito el tráfico de niños, y especifica que *«los que mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concurra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación, serán castigados con las penas de prisión de uno a cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a diez años»*. Como bien sabemos, en España la maternidad subrogada en principio considera los contratos derivados de esta práctica como nulos de pleno derecho, pero tras leer el citado precepto que castiga el tráfico de

⁵³ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

niños observamos de forma directa aquellas similitudes nombradas con anterioridad entre ambas prácticas.

La CDN recoge otros tres artículos que tienen relación con la maternidad subrogada, que son el artículo 7.1, 8.1 y el 24.2.e) respectivamente. El primero de ellos afirma que *«el niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos»*. En su apartado 2º dice que los Estados Partes *«velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional»*. Por tanto, si un país como España dispone que la filiación se determina por el parto, el mismo deberá evitar que los niños sean separados de sus madres y velará por que sean cuidados por ellas.

En esa misma línea, el artículo 8.1 regula que *«los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas»*.

El artículo 24, por su parte, regula la protección del derecho a la salud, y dice que *«los Estados Parte adoptarán medidas adecuadas para asegurar que todos los sectores de la sociedad, y en particular los padres y los niños, conozcan los principios básicos de la salud y la nutrición de los niños, las ventajas de la lactancia materna»*. Como bien afirmaba el Comité de Bioética de España a este respecto, el hecho de que se reconozca la importancia de la lactancia materna para el niño no es un argumento para el rechazo incondicional de la maternidad subrogada, pero sí es un elemento a tener en cuenta a la hora de ponderar los costes para el bienestar del niño que acarrea esta práctica.

En 1979 la ONU aprobó una importante convención que también tiene relación con la cuestión tratada, que es la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Y en su artículo 4.2 se afirma que *«la adopción por los Estados Partes de medidas especiales, incluso las contenidas en la presente Convención, encaminadas a proteger la maternidad no se considerará discriminatoria»*. Este artículo se ha utilizado como argumento para defender la maternidad subrogada, en el sentido de que su prohibición crearía un foco de discriminación en relación con la libertad

reproductiva de los varones y de las mujeres que no pueden gestar respecto de las mujeres que sí pueden hacerlo.

Otro precepto relevante a nombrar, sería el artículo 6 de la Convención puesto que establece que «*los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para suprimir todas las formas de trata de mujeres*». Algunos dentro del Comité han interpretado este precepto como que toda forma de maternidad subrogada es una forma de trata de mujeres ya que supone instrumentalizar a la mujer para procurar un hijo a otra persona.

- La Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado (HCCH)

Desde el año 2012 se ha interesado por la maternidad subrogada internacional y particularmente por los problemas relativos a la filiación de los hijos habidos mediante esta práctica. En la actualidad cuenta con un grupo de expertos en la materia creado con el mandato de estudiar las posibilidades de avanzar en el campo del Derecho internacional privado en las cuestiones relativas al estatuto de los niños resultantes de acuerdos de subrogación internacional.

Los informes más recientes son de los años 2019 y 2020 respectivamente. En el caso del *Report of the October/November 2019 meeting of the Experts' Group on Parentage / Surrogacy (6th meeting)* los expertos centraron su atención en prever el reconocimiento de sentencias que determinen la legalidad de la paternidad reconocida por los Estados contratantes. Igualmente, también discutieron las ventajas y desventajas de un posible mecanismo de extensión opcional para permitir a los Estados contratantes que así lo elijan reconocer las sentencias que dictaminen la paternidad de Estados no contratantes de conformidad con las normas de la Convención.

Por otro lado, los expertos se reunieron el 24 de octubre y acordaron un nuevo informe. Parece que el *Report of the October 2020 meeting of the Experts' Group on the Parentage / Surrogacy Project (7th meeting)* vislumbra algo de luz en la penumbra, pues una de las ideas que pretenden materializar es la adopción de un Convenio para regular la paternidad legal de los padres y también se habla de la creación de un posible protocolo que contenga

normas de derecho internacional privado sobre la filiación legal del menor fruto de un acuerdo internacional de subrogación. Con ello se pretende salvaguardar los derechos del niño antes, durante y después de la concepción del mismo.

- El Consejo de Europa (CdE)

Por su parte, en octubre de 2016, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa rechazó una propuesta de Recomendación en la que se proponía adoptar directrices para garantizar los derechos de los niños con respecto a los acuerdos de subrogación⁵⁴. Esta propuesta se sustentaba en un informe elaborado por la parlamentaria belga Petra de Sutter a instancias del Comité de Asuntos Sociales, Salud y Desarrollo Sostenible del Consejo de Europa. En ese informe pedía que se considerara los vientres de alquiler como una alternativa que salvaguardara los derechos de los niños. Ha sido denegado dos veces al considerar que presentaba a las mujeres y a los niños como mercancías que se pueden explotar. El Consejo de Europa ha argumentado que es difícil distinguir la maternidad subrogada altruista de la comercial y por ello se ha negado a adoptar el enfoque que en su momento adoptó el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que se había posicionado a favor de la contratación de la gestación subrogada⁵⁵.

En la última votación la Asamblea Parlamentaria rechazó la propuesta con un resultado de 83 votos en contra, 77 a favor y 7 abstenciones.

- La Unión Europea (UE)

La única institución de la misma que se ha pronunciado expresamente sobre maternidad subrogada ha sido el Parlamento Europeo. Lo hizo mediante un Informe anual sobre los

⁵⁴ REDACCIÓN ANDOC «El Consejo de Europa rechaza la maternidad subrogada», *Andoc*, sf, [consultado 19 de julio de 2020]. Disponible en: <https://www.aceprensa.com/sociedad/el-consejo-de-europa-rechaza-la-maternidad-subrogada/>.

⁵⁵ DE LA ROSA, B., «Consejo de Europa vuelve a decir ‘no’ al negocio de los vientres de alquiler», *Aciprensa*, [consultado 19 de julio de 2020]. Disponible en: <https://www.aciprensa.com/noticias/consejo-de-europa-vuelve-a-decir-no-al-negocio-de-los-vientres-de-alquiler-40573>

derechos humanos y la democracia en el mundo (2014)⁵⁶, de conformidad con el punto 115 del apartado dedicado al derecho de las mujeres y de las niñas que textualmente *«condena la práctica de la gestación por sustitución como contraria a la dignidad humana de la mujer, ya que entiende que su cuerpo y sus funciones reproductivas se utilizan como una materia prima; y por tanto, estima que debe prohibirse esta práctica, que implica la explotación de las funciones reproductivas y la utilización del cuerpo con fines financieros o de otro tipo, en particular en el caso de las mujeres vulnerables en los países en desarrollo, y pide que se examine con carácter de urgencia en el marco de los instrumentos de derechos humanos»*⁵⁷.

VII. RESOLUCIONES DE TRIBUNALES ESPAÑOLES E INTERNACIONALES EN LA MATERIA

Para comprender mejor el espinoso tema que estamos tratando y cerciorarnos de lo lejos que estamos de conseguir llegar a una solución a corto plazo para paliar esta problemática, a continuación vamos a analizar una serie de famosas y controvertidas sentencias provenientes del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos:

1. STS 6 de febrero de 2014

El Tribunal Supremo dictó sentencia el 6 de febrero de 2014 sobre un litigio que versaba sobre un matrimonio formado por dos varones españoles que solicitaron en el Registro Civil Consular de Los Ángeles (California, Estados Unidos) la inscripción de nacimiento de dos hijos nacidos en dicho estado norteamericano el 24 de octubre de 2008 bajo un contrato de gestación por sustitución. La filiación había sido determinada a su favor por

⁵⁶ Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de diciembre de 2015, sobre el Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo (2014) y la política de la Unión Europea al respecto, [consultado 20 de julio de 2020]. Disponible en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2015-0470_ES.pdf?redirect

⁵⁷ «Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo (2014)», p. 29, [consultado 20 de julio de 2020]. Disponible en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2015-0470_ES.pdf?redirect

sentencia del tribunal californiano de conformidad con su Código Civil de Familia. El matrimonio, tras su vuelta a España pretendía que se reconociera dicha filiación, pero el Registro Consular español rechazó la inscripción aduciendo la nulidad del contrato de gestación en nuestro país.

Por lo que se refiere a las alegaciones relativas a la posible discriminación al no permitir la inscripción en el Registro Civil español de la filiación por naturaleza a favor de dos varones mientras sí es posible inscribir la filiación a favor de dos mujeres, el Tribunal Supremo señala que la desigualdad sustancial entre los supuestos de hecho excluye la existencia de un trato discriminatorio porque la consecuencia legal sea distinta. En todo caso, reitera los argumentos de la sentencia recurrida: la causa de la denegación no es que los solicitantes sean varones, sino que la filiación procede de un acuerdo de gestación por sustitución (FJ 4º).

La última cuestión analizada en la STS fue el interés superior del menor. Para ello, partió de que el interés superior del menor es un concepto “esencialmente controvertido” que ni permite al juez alcanzar cualquier resultado en aplicación del mismo, ni puede ser satisfecho de un único modo, ni es el único principio que se ha de tomar en consideración, debiendo ser ponderado con otros bienes jurídicos protegidos.

El Alto Tribunal considera que debe primar el interés superior del menor con el fin de aplicar y colmar las lagunas de la ley, pero no para contrariar expresamente lo previsto en la misma. Añade que la determinación de una filiación que contradiga los criterios previstos en la ley supone un perjuicio para el menor y, en este caso, hacerlo a favor de quien realiza un encargo a través de un contrato para su gestación, atenta contra la dignidad del menor y de la gestante, al convertirlos en objetos de tráfico mercantil (FJ 5º).

No obstante, al denegar el reconocimiento de la certificación registral de California, admite el Alto Tribunal que pueda generarse alguna situación de desprotección para los menores y, con el objetivo de evitar o minimizar sus consecuencias, hará algunas consideraciones. En primer lugar, la denegación de la inscripción sólo tendrá efectos respecto a la filiación, no al resto de su contenido, cumpliendo así con el mandato contenido en el artículo 7.1 de la Convención de Derechos del Niño, conforme al cual los niños han de ser inscritos inmediatamente después de su nacimiento y tendrán derecho

desde que nacen a un nombre y a una nacionalidad. La satisfacción del interés superior de los menores no es un principio que pueda alcanzarse vulnerando la legislación ya que ésta protege otros bienes jurídicos fundamentales como la dignidad y la integridad moral de la mujer gestante o impedir la mercantilización de la gestación y filiación.

En segundo lugar, dado que los menores están efectivamente integrados en un núcleo familiar con los recurrentes, se ha de buscar una solución que permita el desarrollo y la protección de los vínculos existentes, instando al Ministerio Fiscal a que ejercite las acciones pertinentes para ello.

Finalmente, afirma el TS que el artículo 10 párrafo tercero permite reclamar la paternidad respecto al padre biológico, pudiéndose determinar la filiación paterna en relación al mismo. Otras figuras jurídicas como el acogimiento familiar o la adopción permiten que la integración real de los menores en el núcleo familiar se pueda formalizar jurídicamente.

2. STS 16 de noviembre de 2016

Más recientemente, en el ámbito nacional, el TS en el año 2016 con la sentencia núm. 953/16, se pronuncia de manera favorable en este asunto a favor de la trabajadora que solicita prestaciones por maternidad después de haber tenido un hijo a partir de un contrato de gestación por sustitución, hijo que consta inscrito en el Registro del Consulado de España en Los Ángeles (California, Estados Unidos), apareciendo la actora como madre y su pareja varón como padre. Sin embargo, el INSS⁵⁸ deniega la inscripción.

Pues bien, pese a que, en un primer momento, la sentencia de instancia desestimó la demanda y la Sala de lo Social del TSJ de Madrid posteriormente también desestimara el recurso fundamentándolo en las dos sentencias del TJUE de 18 de marzo de 2014, asuntos C-167/12 y C-363/12, el Alto Tribunal resolvió de un modo distinto. Así, el TS se decanta por afirmar que los padres tienen derecho a la prestación laboral derivada de la maternidad puesto que la finalidad última de los artículos 133 bis y 133 ter de la LGSS⁵⁹ es el cuidado

⁵⁸ Instituto Nacional de la Seguridad Social.

⁵⁹ Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

y atención del menor por parte de los padres, independientemente de que sean o no biológicos.

Los argumentos que esgrime el Tribunal Supremo para justificar su decisión son los siguientes: no se le puede privar al menor de determinados derechos, por mucho que se declare nulo el contrato de gestación; el pronunciamiento del TEDH el 26 de junio de 2014 (asunto *Mennesson y Labasse* contra Francia); la discriminación en el trato que se dispensaría por motivo de la filiación (vulnerando los artículos 14 y 39.2 de la Carta Magna); y el favorecimiento y desarrollo de la relación familiar con los hijos, otorgando protección jurídica a la integración del niño en la familia.

3. STEDH de 26 de junio de 2014, *Mennesson y Labassee* contra Francia

El Tribunal Europeo de los Derechos Humanos dictó sentencia el 26 de junio de 2014 resolviendo conjuntamente los asuntos 65192/11 (*Mennesson c/ Francia*) y 65941/11 (*Labassee c/ Francia*) en la que se condena a Francia por vulnerar, en opinión del Tribunal, el artículo 8 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales⁶⁰ al negarse a reconocer la relación de filiación entre los niños nacidos bajo el contrato de gestación por sustitución, que los dos matrimonios franceses contrataron en Estados Unidos, alegando la vulneración del interés superior del menor.

En el caso del matrimonio de los *Mennesson*, fruto del contrato de gestación subrogada debido a la infertilidad de la esposa, nacieron dos gemelas en California; y en el caso del matrimonio de los *Labassee* por circunstancias semejantes se dio a luz a una niña en Minnesota. En ambos casos los padres comitentes habían obtenido de las autoridades norteamericanas las correspondientes resoluciones judiciales que les reconocían la paternidad de las menores nacidas mediante esta práctica.

⁶⁰Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales:

Artículo 8. Derecho al respeto a la vida privada y familiar:

«1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.»

El problema surgió cuando los matrimonios regresaron a Francia con las menores ya que las autoridades francesas denegaron la inscripción de las mismas en el Registro Civil francés, pues como ya hemos observado al analizar la legislación francesa, el artículo 16-7 del Código Civil francés establece la nulidad de cualquier contrato de gestación subrogada, alegando que de permitirse la inscripción se estaría vulnerando el orden público internacional francés.

El TEDH en su fallo rechazó la vulneración que alegaron los padres comitentes en relación a una posible violación del derecho al respeto de su vida familiar⁶¹, pero sí estimó la vulneración del derecho al respeto de la vida privada respecto de las menores por la denegación por parte del Estado francés a inscribirlas en el Registro Civil⁶².

4. STEDH, 24 de enero de 2017, Caso *Paradiso y Campanelli* contra Italia

El caso *Paradiso y Campanelli* contra Italia es una de las sentencias dictadas por el TEDH que más revuelo ha generado hasta ahora. Este caso gira en torno a un matrimonio italiano que contrató una maternidad subrogada en Rusia. Una vez nace el bebé es inscrito como hijo de ambos en Rusia. Pero el problema surge cuando regresan a Italia con el menor, puesto que las autoridades italianas se niegan a realizar la inscripción de la filiación a favor del matrimonio debido a la nulidad de este tipo de contratos en el ordenamiento jurídico italiano. Ante esta situación, el Tribunal de Menores de Campobasso (Italia) decide retirar la custodia del menor al matrimonio y darlo en adopción a otra familia.

En este caso hemos de diferenciar 2 momentos clave:

- Resolución del TEDH del año 2015: que falló a favor de los padres de intención, condenando al Gobierno italiano por considerar que se había vulnerado el artículo 8 del CEDH y, por ende, el interés superior del menor. El Tribunal entendió que existía una vida familiar de facto entre los solicitantes y el niño⁶³. Por su parte, el Gobierno Italiano cuestionó la existencia una vida familiar entre los padres comitentes y el menor, basándose esencialmente en la ausencia de un vínculo biológico entre los

⁶¹ STEDH de 26 de junio de 2014, explicado por el Tribunal en los apartados 75- 86.

⁶² STEDH de 26 de junio de 2014, explicado por el Tribunal en los apartados 96-101.

⁶³ STEDH, 24 de enero de 2017, explicado por el Tribunal en el apartados 136.

solicitantes y el niño⁶⁴ y en la ilegalidad de la conducta de los solicitantes según la ley italiana. Afirmaron que, en vista de la conducta ilegal de los solicitantes, no podría existir ningún vínculo protegido por el artículo 8 de la CEDH entre ellos y el niño. También argumentaron que los solicitantes habían vivido con el niño durante solo ocho meses, tiempo insuficiente para establecer una conexión emocional o afectiva⁶⁵. Pero el Tribunal en su momento sí considero que los ocho meses que el menor había pasado con los padres comitentes eran suficientes para entender que se había constituido esa vida familiar de facto, hecho que las autoridades italianas debieron respetar porque no existía riesgo grave para el menor que justificara que había sido puesto en peligro por los padres comitentes.

- Resolución del TEDH del año 2017: el tribunal, da un giro inesperado con respecto a su primera decisión ya que considera que no ha existido violación del artículo 8 del CEDH. De los 17 jueces, los 12 que optaron por esta decisión afirmaron que no se había vulnerado el artículo 8 porque el vínculo familiar no se había formado previamente como para poder acogerse a la tutela del apartado 2º del artículo 8 de la CEDH⁶⁶.

Esta sentencia, como era de esperar, ha sido objeto de una gran controversia, lo cual ha dado lugar a que varios profesionales del derecho se dediquen a analizarla, un ejemplo sería el caso de RUIZ MARTÍN (Abogada del ICAM⁶⁷) que ha analizado dicha sentencia y que en sus conclusiones recoge que en todos los países no puede solucionarse de la misma manera, esto es, se opone a la aplicación general de las normas en lo que respecta al orden público interno y al interés superior del menor, puesto que en Italia no se permite dicha técnica, además que en este caso, no existe un auténtico vínculo familiar a partir de los datos ofrecidos⁶⁸.

⁶⁴ Cuando se practicó la prueba de ADN al padre, por sorpresa para el matrimonio, se descubrió que el niño no tenía material genético del mismo.

⁶⁵ STEDH, 24 de enero de 2017, explicado por el Tribunal en el apartados 137.

⁶⁶ STEDH, 24 de enero de 2017, explicado por el Tribunal en los apartados 142-158.

⁶⁷ Ilustre Colegio de Abogados de Madrid

⁶⁸ RUÍZ MARTÍN, A. M., «El caso Campanelli y Paradiso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: El concepto de Familia de Facto y su aportación al debate de gestación por sustitución», *Cuadernos de Derecho Transnacional* [revista electrónica], nº. 2, 2019, pp. 778-791 [consultado 26 de julio de 2020]. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7105644>

VIII. PROBLEMAS ÉTICOS

1. INTRODUCCIÓN

Las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) han evolucionado a una velocidad de vértigo, no solamente en lo que a su tecnología respecta sino a los usos a los que se le daba. Comenzaron a hacer uso de ellas mujeres u hombres solos, parejas homosexuales o parejas heterosexuales sin tener que acreditar problemas de esterilidad.

Estas técnicas han generado un amplio debate a nivel internacional que refleja la diversidad de concepciones acerca de la procreación humana en las regulaciones de sus países.

Como ya todos nosotros somos conocedores esta diversidad de concepciones que se han plasmado en los diferentes ordenamientos jurídicos de los países ha supuesto que surja un turismo reproductivo internacional. Esto mismo ha derivado, como consecuencia, que las personas que se encontraban con la situación de que el ordenamiento jurídico de su país prohibía el uso al acceso a estas técnicas de reproducción asistida pero contaban con una alta capacidad económica buscaran contratar estos servicios en el extranjero donde las prácticas eran legales, creándose de esta manera una especie de mercado de niños que ha generado un gran debate ético en nuestra sociedad y que a continuación trataremos de abordar.

2. POSICIÓN DE LA MUJER PORTADORA: ¿LIBRE O ESCLAVA?

En el año 2017 el Comité de Bioética de España, el cual se encarga de asesorar al Gobierno sobre materias relacionadas con la ética y la salud, elaboró un informe en el que pidió que se prohibiera la maternidad subrogada, al considerar que todo contrato de

gestación entraña una explotación de la mujer y un daño a los intereses superiores del menor⁶⁹.

De conformidad con ese Informe del Comité de Bioética de España, sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada,⁷⁰ podemos identificar tres valoraciones éticas en relación al papel que ostenta en esta práctica la mujer gestante:

- ¿Debe permitirse la licitud de la gestación subrogada altruista?

Se considera que si la acción de gestar el niño de otro se hace de manera desinteresada puede ser extraordinariamente valiosa porque sirve para proveer de hijo a aquel no puede obtenerlo de otra manera. Una de las preguntas que se ha hecho en torno a esta cuestión ha sido: ¿se puede permitir a una mujer que lleve a cabo una acción de ese tipo?

El Comité considera que tanto desde el punto de vista de la ética como del derecho aquellas decisiones que suponen un importante sacrificio para el individuo o, principalmente, una afectación de su integridad física y que son retribuidas, no son libres sino que se adoptan en un contexto de vulnerabilidad, de manera que, eliminado ese determinado contexto, el sujeto lo más probable es que no adoptaría la misma decisión. Es por ello por lo cual afirma que tales decisiones que afectan a esferas que se encuentran vinculadas directamente con la dignidad humana se opta por que en muchos casos se sometan a la exigencia de gratuidad para de esta manera garantizar la libertad del individuo. Se considera que si no hay contraprestación de por medio es más fácil pensar que el sujeto actúa libre o altruistamente.

Otras de las grandes dudas que se ha puesto en tela de juicio tiene que ver con si se considera que satisfacer el deseo de alguien de tener un hijo es tan importante que justifica la total implicación de una mujer durante nueve meses gestando un niño para otra persona, ¿Qué sentido tiene que en algunos países donde se encuentre legalizada esta práctica sea la mujer gestante la que elija a los privilegiados que podrán ser padres? Ante esta situación y es lo que se ha visto en la práctica mayormente van a optar por la gestación

⁶⁹ REDACCIÓN EFE, «El Comité de Bioética pide que se prohíba la gestación subrogada», 2017, [consultado 25 de julio de 2020]. Disponible en: <https://www.efe.com/efe/espana/sociedad/el-comite-de-bioetica-pide-que-se-prohiba-la-gestacion-subrogada/10004-3271143>

⁷⁰ «Informe del Comité de Bioética sobre los aspectos éticos...», op. cit., pp. 24-28.

comercial en otros países donde se encuentre permitida asegurándose la futura paternidad del menor.

- ¿Debe permitirse la licitud de cualquier forma de gestación subrogada? ¿Excluiría esto la explotación?

Desde esta posición lo que se sostiene es que la mujer es dueña de su cuerpo y ejerce plena autonomía sobre el mismo, por lo que debería poder acceder a gestar al niño tanto de manera altruista como a cambio de una retribución.

En lo que respecta a la gestación por sustitución de carácter comercial, en base a la experiencia habida hasta el momento, los países en los que más se ha desarrollado son, en general, países pobres y en los que la mujer vive en una situación de mayor desigualdad con relación al hombre, por lo que según el Comité no es de extrañar que la mayoría de países que han legalizado tal práctica lo han hecho bajo la modalidad altruista.

Además, es importante destacar la explotación que sufren la mayoría de las mujeres que se someten a esta práctica pudiendo avalar dicha información bajo las reformas legislativas que se han llevado a cabo en algunos de esos países en los últimos años, prohibiéndose la maternidad subrogada internacional, como ya hemos visto con anterioridad países como la India han restringido la práctica a sus nacionales debido a la alta demanda que habían generado a nivel internacional durante años. En palabras del Comité: *«es por esta explotación habitual de las mujeres que se someten a esta práctica por lo que cabría defender la ilicitud de la misma»*.

- ¿La mujer que presta su cuerpo para gestar el niño ajeno consiente que un tercero la considere como un mero instrumento?

Bien sabemos que todos en cierta medida cuando prestamos servicios a cambio de una remuneración consentimos una instrumentalización. Pero salvo que las condiciones de ese intercambio sean abusivas, no consideramos que el prestador de servicios sea un puro instrumento en manos de quien le paga. Esto sucede cuando las condiciones del trato son abusivas o bien cuando se realiza una acción o servicio que aliena a la persona de forma

temporal. Esa alienación puede producirse cuando alguien ejerce el dominio sobre nuestra persona, ya sea en su libertad o en su corporalidad.

El Comité entiende que mientras que lo primero no podría ser reprochable desde un punto de vista ético; lo segundo sería una agresión a la dignidad humana y por ende una vulneración a los derechos humanos, aún a pesar de que la misma fuera consentida.

Desde mi humilde opinión concluyo, en desacuerdo con el Comité (no desde el punto de vista de los reproches éticos que ha llevado a cabo sino de conformidad con la intención de prohibir la práctica), que si lo que se pretende es evitar esa explotación y tratando de ser realistas al resultar ahora mismo utópico un posible acuerdo internacional para ilegalizar completamente esta práctica en todos los países, la mejor forma de proteger y tratar de asegurar los derechos de la mujer gestante y del menor es permitiendo la legalización de una práctica altruista con rigurosas pautas legales. Además, en lo que respecta el interés del menor, pregunto: ¿Hasta qué punto sería justo privar de la posibilidad de ser padres a aquellas parejas u personas deseosas de tener un bebé? ¿Es que acaso son peores padres por recurrir a esta técnica a la hora de educar a los niños?

3. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

El niño que nace fruto del contrato de gestación por sustitución es uno de los sujetos más vulnerables de esta práctica tan extendida. Es por ello, por lo que resultaría interesante analizar si este acuerdo puede vulnerar los derechos e intereses del mismo.

Generalmente en los contratos de gestación por sustitución se especifican una serie de cláusulas encaminadas a regular las condiciones que tendrá el proceso hasta el nacimiento del menor, así como las contraprestaciones económicas del mismo. De conformidad con esto, autores como LÓPEZ GUZMÁN y APARISI MIRALLES⁷¹ entienden que *«la legalización de la maternidad subrogada supone mercantilizar la filiación, ya que ésta dependerá de la celebración de un contrato con un fuerte contenido económico»*.

⁷¹ LÓPEZ GUZMÁN, J. y APARISI MIRALLES, A., «Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada», *Cuadernos de Bioética*, n°. 28, 2012, p. 266.

Se han dado casos en los que han surgido discrepancias entre los padres comitentes y la gestante en lo que respecta al modo de llevar adelante el embarazo y los cuidados que se derivan del mismo. La situación más extrema en torno a las desavenencias que podrían existir consistiría en decidir si se desea o no continuar con la gestación, en casos en los que el bebé tiene alguna discapacidad o malformación. En ese supuesto existe la posibilidad de que los padres comitentes rechacen al menor, puesto que consideran que por el hecho de haber pagado un precio por el mismo, tienen el derecho de decidir la calidad “del producto”, por muy crudo que resulte exponerlo de este modo.

Otra cuestión que podría entrar en colisión con el interés superior del menor es el hecho de que a los padres comitentes no se les exigen requisitos que demuestren su idoneidad a la hora de educar y proteger los niños que nacen fruto del acuerdo, como sí sucede en los procedimientos de adopción. Algunos de ellos serían tales como asegurar que los padres comitentes puedan asumir todas las responsabilidades y deberes derivados de la paternidad, pues para el buen desarrollo de un menor es esencial garantizar un ambiente familiar que cuente con la suficiente capacidad económica y unas adecuadas características psicológicas⁷².

La última idea a tener en cuenta en la posible vulneración de los derechos del niño es la problemática que surge con respecto a la identidad de los menores nacidos bajo el acuerdo de gestación subrogada, con respecto al derecho del mismo a conocer sus orígenes biológicos. Por un lado, existe la posibilidad de que contractualmente la gestante renuncie a la maternidad antes del embarazo. En ese caso el niño aparentemente no tendría derecho a investigar su maternidad puesto que contractualmente son los comitentes quienes ostentan legalmente su paternidad. Por otro lado, puede suceder que la fecundación del menor haya tenido lugar con material genético de donantes, así que teniendo en cuenta el anonimato de la donación, esto impide al hijo investigar sus orígenes⁷³. Es por ello por lo que considero esencial dotar de regulación legal el derecho del niño a averiguar sus orígenes biológicos.

⁷² GARIBO PEYRÓ, A.P., «El interés superior del menor en los supuestos de maternidad subrogada», Cuadernos de Bioética, nº. 28, 2017, p. 257.

⁷³ «Informe del Comité de Bioética sobre los aspectos éticos...», op. cit., pp. 37-38.

4. ¿SE HA CONVERTIDO EN UN MERCADO AL QUE ÚNICAMENTE PUEDEN ACCEDER LAS PERSONAS QUE TIENEN RECURSOS?

No es un hecho sorprendente que por encontrarse la gestación subrogada prohibida por el artículo 10.1 de la LTRHA, esto impida que las parejas o ciudadanos españoles puedan viajar al extranjero y hacer uso de esta técnica para tener un hijo cumpliendo con los requisitos legales de los países en los que sí se encuentra legalizada. La cuestión es que únicamente pueden permitirse este lujo aquellas personas que cuentan con los recursos económicos suficientes para costearlo. Por ejemplo⁷⁴: en el año 2008, una mujer de la India podía recibir unos 6.000 dólares y, en el año 2016, la cifra ya ascendía a 8.000 dólares. Mientras que en los Estados Unidos de América, en 1987, una madre de alquiler podría cobrar unos 10.000 dólares más todos los gastos, mientras que, en el año 2016, la cifra ya había ascendido a los 20.000 dólares.

LÓPEZ GUZMÁN, por ejemplo, desvirtúa el carácter altruista de aquellos países que la han legalizado en esta modalidad, puesto que entiende que de fondo lo que hay es una estrategia de mercado por parte de unos y un elemento para calmar conciencias por parte de otros. Para avalar su posición cita un estudio realizado por *Rudrappa y Collins*, basado en entrevista a las partes implicadas en subrogación en la India, en los que se evidencia que muchos de los entrevistados creen que se han comportado de una manera altruista y que el dinero recibido no desvirtúa la motivación. Pero para él y coincido con su opinión en la mayoría de los casos esa pretendida “solidaridad gestacional” sirve para enmascarar un frío contrato de subrogación que subsiste verdaderamente por motivos económicos⁷⁵.

Como hemos visto anteriormente, en el caso de la India el precio aproximado de la gestación subrogada se encontraba entre 20.000 y 30.000€. A pesar de que las mujeres gestantes, como nos expone en su artículo Natalia Álvarez, recibían un porcentaje muy bajo del coste del tratamiento (aproximadamente 5.000-8.000 €), es una cantidad de dinero considerablemente alta tratándose de un país que se encuentra sumido en la pobreza. Según el artículo algunas mujeres gestantes afirmaban que, gracias a ese dinero,

⁷⁴ LÓPEZ GUZMÁN, J., «Dimensión económica de la maternidad subrogada (“Habitaciones en alquiler”)», *Cuadernos de Bioética*, nº. 28, 2017, p. 4.

⁷⁵ LÓPEZ GUZMÁN, J., «Dimensión económica...», op. cit., pp. 201 y 202.

pudieron tener una vida mejor, dar un hogar a su familia o permitir una mejor educación a sus hijos. Por lo que enlazando con la opinión de López Guzmán y con el punto ético anteriormente tratado, ella entiende que la situación económica del país puede llevar a la coacción o explotación de estas mujeres por parte de familiares o representantes del negocio negro existente en torno a la gestación subrogada⁷⁶.

En conclusión, a estas alturas ya es indudable negar la idea de que por muy “altruista” que pretenda venderse la práctica en aquellos países que la han legalizado en esta modalidad, tal y como sucede en la gestación comercial, en la mayoría de casos subsiste un interés económico bajo la realización de esta práctica. Interés económico que obviamente viene determinado por mujeres que acceden a esta práctica por falta de recursos y que únicamente pueden ser satisfechos o costeados por personas adineradas, creándose así un negocio de esta práctica.

IX. CONCLUSIONES

Tras analizar los diferentes focos que actualmente regulan el panorama normativo y ético de esta práctica, podemos confirmar que queda evidenciada la complejidad que esconde la problemática ante la cual nos encontramos sumidos. Para tratar de llegar a una solución, no únicamente nos enfrentamos a aspectos éticos y jurídicos, sino que detrás de los mismos también subsisten una serie de intereses políticos, económicos y culturales.

Hemos hablado de algunas de las opiniones que tienen algunos organismos intergubernamentales sobre la temática, pero a la vista de la regulación española en torno a la gestación subrogada, es importante también citar la discrepancia de opiniones que existe entre las diferentes influencias políticas españolas. El único partido político que se ha postulado a favor de la legalización de la gestación por sustitución y ha presentado en el Congreso de los Diputados una proposición de ley para regularla ha sido Ciudadanos. El resto de partidos se mostraron contrarios como es el caso del PP o el PSOE quien manifestó que “no puede abrazar ninguna práctica que suponga socavar los derechos de mujeres ni de niñas y apuntalar la feminización de la pobreza”, PODEMOS finalmente se

⁷⁶ ÁLVAREZ, N., «Gestación subrogada en la India...», op. cit., [consultado 16 de julio de 2020]

posicionó en contra no sin divergencias entre las dos corrientes feministas: aquella que opta por dar libertad sexual a las mujeres y la que juzga de forma extremadamente crítica la técnica, al considerarla una forma de explotación sexual para las mujeres sin recursos⁷⁷. Esta diversidad de opiniones, como ya hemos visto, acecha también la política española, lo cual hace todavía más difícil y desalentador pensar en una posible solución a corto plazo que pueda acabar con esta problemática.

Es más, en lo que respecta al caso español, hemos visto que la Instrucción del 5 de octubre de 2010 sigue sin aportar ningún tipo de garantía o seguridad jurídica. Nos encontramos con una práctica prohibida por la ley pero que permite la posibilidad de seguir inscribiendo en España una filiación que ha sido fruto precisamente de la gestación por sustitución en el extranjero en favor de aquellos padres comitentes que cuentan con recursos suficientes. Que cada Estado disponga de un amplio margen de apreciación para la regulación de esta técnica ha llevado inevitablemente a la creación de un mercado internacional de niños, que muy lejos de lograr paliar la problemática ha generado una situación de poca claridad e inseguridad jurídica.

Es por ello, por lo que, a mi juicio, resulta absurdo seguir manteniendo vigente una ley que una norma de rango reglamentario ha dejado sin contenido efectivo. Creo que actualmente la solución más garantista a la hora de proteger y tratar de asegurar tanto los derechos de la mujer gestante, como del menor y de los comitentes, es permitiendo la legalización de una práctica altruista con rigurosas pautas legales. Solamente así lograríamos evitar el fraude de ley⁷⁸ al que los ciudadanos españoles con recursos económicos están recurriendo para satisfacer sus deseos de ser padres en el extranjero.

Para finalizar, algunas de las exigencias legales a tener en cuenta, en mi opinión serían las que se enuncian en la Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación presentada el 8 de septiembre de 2017 por el Grupo Parlamentario Ciudadanos. Las más importantes serían:

⁷⁷ REDACCIÓN MAGNET «Gestación subrogada: qué opina cada partido sobre su posible regulación», 2018, [consultado 23 de julio de 2020]. Disponible en: <https://magnet.xataka.com/en-diez-minutos/gestacion-subrogada-que-opina-cada-partido-su-posible-regulacion>

⁷⁸ Artículo 6.4 del Código Civil: «Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir».

- Se acudirá a la gestación por sustitución como ultima ratio, y se realizará solamente cuando haya posibilidades razonables de éxito, no suponga riesgo grave para la salud, física o psíquica de la mujer gestante o del menor y previa aceptación libre y consciente de su aplicación por parte de la mujer, que deberá haber sido anterior y debidamente informada de los riesgos y de las condiciones de la técnica.
- La práctica no tendrá carácter lucrativo o comercial, a excepción de la compensación económica resarcitoria que se pudiera prever para cubrir los gastos estrictamente derivados de las molestias físicas, los de desplazamiento y los laborales, y el lucro cesante inherentes a la gestación. Además, de aquellos gastos encaminados a proporcionar a la gestante las condiciones idóneas durante los estudios y tratamiento antes y durante la gestación y el post-parto.
- En relación con los requisitos de la mujer gestante por subrogación: deberá ser mayor de 25 años; tener plena capacidad jurídica y de obrar; tener un buen estado de salud mental, haber gestado, al menos, un hijo sano con anterioridad; disponer de una situación socio-económica, así como familiar, adecuadas para afrontar la gestación en condiciones óptimas de salud, bienestar y seguridad; poseer la nacionalidad española o residencia legal en España; no tener antecedentes penales ni antecedentes de abuso de drogas o alcohol.
- En lo relativo a los requisitos del progenitor o progenitores subrogantes: deberán ostentar plena capacidad jurídica y de obrar; ser mayor de 25 años y menor de 45; tener la nacionalidad española o residencia legal en España; y sobretodo acreditar que cuenta con la capacidad, aptitud y motivación adecuadas para ejercer la responsabilidad parental asociada a la familia que pretende constituir.

X. BIBLIOGRAFÍA

ÁVILA HERNÁNDEZ, C.J., «La maternidad subrogada en el Derecho comparado», *Cadernos de Dereito Actual*, nº. 6, 2017.

BARBER CARCAMO, R., «Reproducción asistida y determinación de la filiación», *REDUR*, nº. 8, 2010.

BAUTISTA, J., «Maternidad subrogada», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº. 815, 2011.

CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA, G.J., «Gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 7, nº. 2, 2015.

COMELLI ÁVILA, M.A., «El contrato de gestación por sustitución, estudio comparado: México, India, Canadá, Ucrania: propuesta de regulación para Guatemala», *Tesis Doctoral*, Universidad Rafael Landívar, 2013.

COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA., «Informe del Comité de Bioética sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada», CBE, 2017.

CONFERENCIA DE LA HAYA SOBRE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO., «Report of the October/November 2019 meeting of the Experts' Group on Parentage / Surrogacy (6th meeting)».

CONFERENCIA DE LA HAYA SOBRE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO., «Report of the October 2020 meeting of the Experts' Group on Parentage / Surrogacy (7th meeting)».

DÍEZ ROMERO, M.D.R., «La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico», *Diario La Ley*, nº. 7527, 2010.

FERNÁNDEZ ECHEGARAY, L., *La gestación por sustitución y la reproducción humana asistida en España: ¿incoherencia normativa o legislación garantista?*, Aranzadi, Navarra, 2019.

FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, A.S., «Eficacia jurídico-registral del contrato de gestación subrogada», *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº. 6, 2011.

GARIBO PEYRÓ, A.P., «El interés superior del menor en los supuestos de maternidad subrogada», *Cuadernos de Bioética*, nº. 28, 2017.

LAMM, E., *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 2013.

LÓPEZ GUZMÁN, J., «Dimensión económica de la maternidad subrogada (“Habitaciones en alquiler”）」, *Cuadernos de Bioética*, nº. 28, 2017.

LÓPEZ GUZMÁN, J. y APARISI MIRALLES, A., «Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada», *Cuadernos de Bioética*, nº. 28, 2012.

MUÑOZ RODRIGO, G., «La filiación y la gestación por sustitución: A propósito de las Instrucciones de la DGRN de 14 y 18 de febrero de 2019», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº. 10 bis, 2019.

PARLAMENTO EUROPEO., «Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo», 2014.

RUÍZ MARTÍN, A.M., «El caso Campanelli y Paradiso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: El concepto de Familia de Facto y su aportación al debate de gestación por sustitución», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, nº. 2, 2019.

SÁNCHEZ MARTÍNEZ, M.O., «La gestación por sustitución: una consecuencia lógica de la libertad reproductiva o un caso dramático de las reproducciones asistidas», *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, nº. 36, 2017.

SERRA ALCEGA, M., «Reconocimiento de la maternidad subrogada en el Derecho Internacional Privado Español», *RJUAM*, nº. 32, 2015.

OTRAS WEBS DE INTERÉS VISITADAS

ÁLVAREZ, N., «Gestación subrogada en Francia: ¿Qué restricciones impone la ley?»
Disponible en: <https://babygest.com/es/francia/> [Consulta 15/07/2020]

ÁLVAREZ, N., «Gestación subrogada en la India – ¿Qué dice la nueva ley?»
Disponible en: <https://babygest.com/es/francia/> [Consulta 16/07/2020]

BAYARRI MARTÍ, M.L., «Maternidad por subrogación. Su reconocimiento en España», Noticias Jurídicas. Disponible en: <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/10338-maternidad-por-subrogacion-su-reconocimiento-en-espana/> [Consulta 10/07/2020]

BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES., «Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación». Disponible en: [https://www.congreso.es/web/guest/busqueda-de-publicaciones?p_p_id=publicaciones&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&_publicaciones_mode=mostrarTextoIntegro&_publicaciones_legislatura=XII&_publicaciones_id_texto=\(BOCG-12-B-145-1.CODI.\)](https://www.congreso.es/web/guest/busqueda-de-publicaciones?p_p_id=publicaciones&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&_publicaciones_mode=mostrarTextoIntegro&_publicaciones_legislatura=XII&_publicaciones_id_texto=(BOCG-12-B-145-1.CODI.)) [Consulta 18/01/2021]

DE LA ROSA, B., «Consejo de Europa vuelve a decir ‘no’ al negocio de los vientres de alquiler», Aciprensa. Disponible en: <https://www.aciprensa.com/noticias/consejo-de-europa-vuelve-a-decir-no-al-negocio-de-los-vientres-de-alquiler-40573> [Consulta 19/07/2020]

PORRAS FERREYRA, J., «Canadá abre la puerta a pagar por la gestación subrogada: Las madres gestantes podrán contar con gastos de transporte, jurídicos, por ropa de maternidad y de pagos a aseguradoras», 2019. Disponible en: https://elpais.com/sociedad/2019/01/10/actualidad/1547144212_552646.html [Consulta 16/07/2020]

REDACCIÓN ANDOC, «El Consejo de Europa rechaza la maternidad subrogada», Andoc, sf. Disponible en: <https://www.acepresa.com/sociedad/el-consejo-de-europa-rechaza-la-maternidad-subrogada/>. [Consulta 19/07/2020]

REDACCIÓN EFE, «El Comité de Bioética pide que se prohíba la gestación subrogada», 2017. Disponible en: <https://www.efe.com/efe/espana/sociedad/el-comite-de-bioetica-pide-que-se-prohiba-la-gestacion-subrogada/10004-3271143>. [Consulta 25/07/2020].

REDACCIÓN GESTLIFE, «Situación jurídica en Rusia en gestación subrogada», 2020. Disponible en: <https://www.gestlifesurrogacy.com/rusia-gestación-subrogada-maternidad-subrogada-en-rusia.html> [Consulta 25/07/2020].

REDACCIÓN MAGNET, «Gestación subrogada: qué opina cada partido sobre su posible regulación», 2018. Disponible en: <https://magnet.xataka.com/en-diez-minutos/gestacion-subrogada-que-opina-cada-partido-su-posible-regulacion>. [Consulta 23/07/2020]

TROLICE, M. y SALVADOR, Z., «¿Qué es la gestación subrogada? Definición, tipos e indicaciones», *Reproducción Asistida*. Disponible en: <https://www.reproduccionasistida.org/gestacion-subrogada/#que-es-la-gestacion-subrogada> [Consulta 10/07/2020].

LEGISLACIÓN

DERECHO COMPARADO:

- ONU: Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, 18 de diciembre de 1979.
- ONU: Convención sobre los Derechos del Niño, 20 de noviembre de 1989.
- CdE: Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, 4 de noviembre de 1950.
- FRANCIA: Code civil. Disponible en:
<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721>
- FRANCIA: Code pénal. Disponible en:
<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070719>
- REINO UNIDO: Surrogacy Arrangements Act, 1985.
Disponible en: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/49>
- REINO UNIDO: Adoption and Children Act, 2002.
Disponible en: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2002/38/contents>
- REINO UNIDO: Human Fertilisation and Embryology Act, 2008. Disponible en:
<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/contents>
- REINO UNIDO: Fertilisation and Embryology (Parental Order) Regulations, 2010.
Disponible en: <https://www.legislation.gov.uk/ukdsi/2010/9780111491355/contents>
- CANADÁ: Assisted Human Reproduction Act. 2004, de 29 de marzo. Disponible en:
<https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/a-13.4/fulltext.html>
- CANADÁ: Civil Code of Québec.
Disponible en: <http://legisquebec.gouv.qc.ca/en/showdoc/cs/ccq-1991>
- SUDÁFRICA: Constitution of the Republic of South Africa. Disponible en:
<https://www.gov.za/documents/constitution-republic-south-africa-1996>
- SUDÁFRICA: Children's Act 28 of 2005. Disponible en:
<https://www.justice.gov.za/legislation/acts/2005-038%20childrensact.pdf>
- ESTADOS UNIDOS (ESTADO DE ARIZONA): Arizona Revised Statutes.
Disponible en: <https://www.azleg.gov/arstitle/>

- ESTADOS UNIDOS (ESTADO DE NUEVA YORK): Consolidated Laws of New York. Disponible en: <https://www.nysenate.gov/legislation/laws/GBS/1401>
- ESTADOS UNIDOS (ESTADO DE MICHIGAN): Michigan Compiled Laws. Disponible en: [http://www.legislature.mi.gov/\(S\(zis5cibjbmqoauoj1hoa224g\)\)/mileg.aspx?page=GetObject&objectname=mcl-722-853](http://www.legislature.mi.gov/(S(zis5cibjbmqoauoj1hoa224g))/mileg.aspx?page=GetObject&objectname=mcl-722-853)
- ESTADOS UNIDOS (ESTADO DE FLORIDA): The 2019 Florida Statutes. Disponible en: <http://www.leg.state.fl.us/statutes/>
- ESTADOS UNIDOS (ESTADO DE CALIFORNIA): Civil Code. Disponible en: <https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/codesTOCSelected.xhtml?tocCode=CIV&tocTitle=+Civil+Code+-+CIV>

ESPAÑA

- Constitución Española, 1978.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.
- Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional.
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.
- Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.
- Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.
- Instrucción de 14 de febrero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos por sustitución.
- Instrucción de 18 de febrero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.

JURISPRUDENCIA

ESPAÑOLA:

- CENDOJ: STS, Sala de lo Civil, 6 de febrero de 2014.
- CENDOJ: STS, Sala de lo Social, 16 de noviembre de 2016.

EUROPEA:

- STEDH, 26 de junio de 2014, Caso Mennesson y Labassee contra Francia. Disponible en: [https://hudoc.echr.coe.int/spa#{%22itemid%22:\[%22001-145389%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/spa#{%22itemid%22:[%22001-145389%22]})
- STEDH, 24 de enero de 2017, Caso Paradiso y Campanelli contra Italia. Disponible en: [https://hudoc.echr.coe.int/spa#{%22itemid%22:\[%22001-170359%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/spa#{%22itemid%22:[%22001-170359%22]})