



Universidad de Jaén

Facultad de Ciencias Sociales
y Jurídicas

Trabajo Fin de Grado

LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

Alumno: Paola del Carmen Benítez Cruz

Mayo, 2022

RESUMEN

En este Trabajo Fin de Grado se abordará el estudio de la denominada gestación por sustitución, una cuestión indudablemente debatida y que cuenta con seguidores y con detractores. El trabajo parte del concepto aportado por numerosos estudiosos del Derecho y de algunas precisiones realizadas por estos y por la jurisprudencia, para continuar con el origen de la técnica. Posteriormente, considerando la prohibición de esta figura por parte del ordenamiento jurídico español, se tratará la cuestión de la determinación de la filiación en España, así como la dificultad a la hora de inscribir en el Registro Civil a los menores nacidos por gestación por sustitución en el extranjero, desde una perspectiva de Derecho comparado. Además, una cuestión que también se planteará, examinando la posible violación de ciertos derechos humanos, será la relativa a la mercantilización o no del cuerpo de la mujer y a la desprotección de los derechos de los niños.

ABSTRACT

In this Final Degree Project, the study of the so-called surrogate gestation will be addressed, an undoubtedly debated issue that has both supporters and detractors. The work starts from the concept provided by numerous law scholars and some precisions made by them and by jurisprudence, to continue with the origin of the technique. Then, considering the prohibition of this figure by the Spanish legal system, the issue of determining parentage in Spain will be discussed, as well as the difficulty in registering minors born abroad by surrogacy in the Civil Registry from a comparative law perspective. In addition, an issue that will also be raised, examining the possible violation of certain human rights, will be that related to the commodification or not of the woman's body and the lack of protection of children's rights.

ABREVIATURAS

- Art. (arts.): Artículo (s)
- BOE: Boletín Oficial del Estado
- CC: Código Civil
- CP: Código Penal
- CE: Constitución Española de 1978
- DGRN: Dirección General de los Registros y del Notariado.
- RC: Registro Civil
- ss.: Siguietes
- STC: Sentencia del Tribunal Constitucional
- STS: Sentencia del Tribunal Supremo
- TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos
- TS: Tribunal Supremo
- LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil
- LTRHA: Ley sobre las Técnicas de Reproducción Humana Asistida
- TRA: Técnicas de Reproducción Asistida
- TRHA: Técnicas de Reproducción Humana Asistida
- OMS: Organización Mundial de la Salud

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.....	4
2. CUESTIONES PRELIMINARES.....	5
2.1. Concepto de gestación por sustitución.....	6
2.2. Motivaciones para acudir a la gestación por sustitución.....	9
2.3. Orígenes de la técnica.....	10
2.4. Modalidades de la gestación por sustitución.....	12
3. MARCO NORMATIVO DE LA FILIACIÓN EN ESPAÑA.....	15
3.1. Filiación natural.....	16
3.2. Filiación por adopción.....	18
3.3. Determinación de la filiación en los casos de reproducción asistida.....	20
3.4. Adopción tras la gestación por sustitución.....	22
4. MARCO NORMATIVO DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN ESPAÑA.....	24
4.1. Determinaciones previas.....	24
4.2. El contrato de gestación por sustitución.....	25
4.2.1. Acuerdo de voluntades	26
4.2.2. Partes contratantes.....	27
4.2.3. Prestación.....	28
4.2.4. El problema de la revocación del consentimiento.....	28
4.2.5. Efectos jurídicos. La determinación de la filiación.....	29
5. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN EL DERECHO COMPARADO.....	32
6. EFECTOS JURÍDICOS DEL CONTRATO DE SUSTITUCIÓN REALIZADO EN EL EXTRANJERO.....	37
6.1. La filiación en la gestación subrogada por comitentes españoles en el extranjero.....	37
6.2. La problemática en su inscripción registral.....	38
7. TURISMO REPRODUCTIVO.....	41
8. CONCLUSIONES.....	44
9. LEGISLACIÓN.....	47
10. JURISPRUDENCIA.....	48
11. BIBLIOGRAFÍA.....	49
12. WEBGRAFÍA.....	51

1. INTRODUCCIÓN

La gestación por sustitución, maternidad subrogada o popularmente conocida como vientre de alquiler, es considerada como uno de los temas jurídicos más polémicos y debatidos en el ámbito del Derecho.

Las cuestiones que se generan en torno a ella no se limitan sólo a respuestas civiles, sino también penales, éticas, sociales, laborales y médicas, entre otras muchas, por lo que requiere un estudio desde un enfoque multidisciplinar. No obstante, en este caso me voy a centrar en el ámbito Civil, concretamente en la rama de Derecho de la Persona.

La problemática deriva principalmente de la protección del importantísimo interés superior del menor¹, y del debate que suscita la separación de dos conceptos como son el de “gestación” y el de “maternidad o paternidad”, sobre los que recaen distintos sujetos, estos son la gestante y los padres, respectivamente. Es entre ellos, como partes, entre quienes media un contrato cuyo objeto principal es la renuncia a la filiación por parte de la gestante a favor bien de los padres en conjunto, por realizarlo en pareja, o bien la madre o el padre individualmente.

Quienes recurren a estas técnicas suelen ser personas que quieren ser padres por vías distintas a las naturales, o a aquellas previstas por la ley como alternativa. Esto puede deberse a distintas circunstancias como son, por ejemplo, las consecuencias derivadas de patologías uterinas, o patologías médicas que puedan poner en riesgo la salud e incluso la vida de la madre durante la gestación². Además, otro grupo de personas que acude a la práctica de este tipo de reproducción asistida es el de parejas homosexuales o personas solteras, principalmente hombres, que tienen como objetivo tener un hijo biológico.

La cuestión de la posible legalización o no de la gestación por sustitución es una realidad que se aprecia como consecuencia de una sociedad que se ha ido flexibilizando,

¹ La protección del interés superior del menor está garantizada por el artículo 39.4 de la Constitución española, en el artículo 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño y en el artículo 2.1 de la Ley de Protección Jurídica del Menor.

² LÓPEZ VILLAYERDE, V. “Indicaciones médicas y sociales de la subrogación de útero”, *Gestación subrogada. Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas. Su evolución y consideración (1988-2019)*. Dykinson, S.L. Página 723.

y la cual es cada vez más avanzada, tanto mental como científicamente en cuanto al reconocimiento del desarrollo de otro tipo de métodos existentes para determinar la filiación.

La gestación por sustitución es una práctica que parece estar haciendo eco en la sociedad desde hace ya varios años. Esto se aprecia, por ejemplo, a través de los distintos medios de comunicación en los que se informa al público en qué consiste la técnica, se informa sobre que algún famoso ha recurrido a ella³, etc. Y también en la redacción de artículos y noticias en prensa que narran las historias de familias que se desplazan a otros lugares donde sí que está permitido someterse a este proceso⁴, y la problemática que genera el reconocimiento de la filiación de los recién nacidos en dichas situaciones en la vuelta a España.

¿Es ética esta práctica?, ¿ser padre y madre es un derecho o un privilegio?, ¿tienen las mujeres completa libertad cuando deciden ser gestantes?, ¿es una manera de hacer negocio y abusar de las mujeres, o existe una manera correcta y respetuosa para hacerlo sin violar los derechos de las mismas? Hoy en día hay disparidad de opiniones y respuestas a estas preguntas, y, por ende, gente que apoya esta práctica y considera que debería legalizarse en nuestro país, y por otro lado también existen detractores.

Lo que pretendo alcanzar con este trabajo es el análisis de la gestación por sustitución, sus características y el desarrollo social y legislativo en distintos países, así como los problemas éticos que plantea su práctica, y el estudio de la situación en España, la razón de su prohibición. También me gustaría analizar las distintas alternativas existentes a la prohibición por la legislación española, y algunas posibles soluciones aplicables a los problemas que encuentran las familias que acuden a países extranjeros, como Estados Unidos, Canadá o Ucrania, en el momento de volver a España, como, por ejemplo, el registro de la filiación en el Registro Civil español.

³<https://www.lavanguardia.com/gente/20220311/8116404/grimes-elon-musk-otros-famosos-han-dado-bienvenida-bebes-gestacion-subrogada-mmnn.html> Última consulta: 20-03-2022

⁴ <http://www.elmundo.es/espana/2014/05/01/5362240a268e3e8d1b8b456f.html>. Última consulta: 06-04-2022

2. CUESTIONES PRELIMINARES

2.1. Concepto de gestación por sustitución

Hoy en día son numerosos los términos adoptados cuando nos referimos a la gestación por sustitución, siendo este el término aplicado por la legislación española. Tal es así que, en términos más formales, se puede escuchar referirse a ella como “maternidad subrogada”, “maternidad sustitutiva”, “gestación por encargo o subrogada”. No obstante, acudiendo a un lenguaje más social y menos académico, no es raro que la gente la conozca y se refiera a ella como “vientre de alquiler”. Esta última denominación puede resultar de las más, sino la más, criticada por los estudiosos, e incluso por la gente interesada en el tema, ya que el término “alquiler” suscita entender que existe una contraprestación entre las partes, cuando realmente, en numerosas ocasiones, pudiera ser una práctica que se lleva a cabo de forma desinteresada. Realmente, el objeto del contrato llevado a cabo entre los padres comitentes y la madre gestante es la gestación y posterior renuncia de los derechos de filiación de la gestante sobre el comitente o comitentes.

En cuanto a las primeras definiciones doctrinales que encontramos de maternidad subrogada está la de COLEMAN, quien en 1982 la definió como “*la aplicación nobel de la técnica de la inseminación artificial que resulta en el nacimiento de una criatura con un nexo biológico unilateral a la pareja infértil. La gestante es una mujer fértil que conviene que, mediante contrato, se la insemine artificialmente con el semen de un hombre casado con otra mujer, gestar al niño y darlo a luz o procrearlo. Una vez nacido el niño, la gestante o suplente renuncia su custodia a favor del padre biológico y, además, termina con todos sus derechos de filiación sobre el niño para que la esposa del hombre cuyo semen fue inseminada lo adopte*”.⁵ Este autor asume, como única posibilidad para llevar a cabo esta TRA la inseminación artificial, y únicamente cuando sea la madre gestante la que aporte los gametos.

A día de hoy esta definición puede sonarnos un tanto arcaica y desactualizada, pero tenemos que considerar los años que han transcurrido desde que el autor se pronuncia y, por lo tanto, los avances médicos y éticos, entre otros, realizados en torno a la figura de la gestación por sustitución.

⁵ COLEMAN, P. “*Surrogate motherhood: analysis of the problem and suggestions for solutions*”, Tennessee Law Review, núm 50, University of Tennessee, Tennessee (EEUU), 1982. Página 75.

Posteriormente, se han ido desarrollando otras definiciones, y se han realizado estudios en torno a ellas. En este sentido, se abre el abanico a distintas técnicas para que la madre gestante quede embarazada, y la posibilidad de esta para aportar o no sus gametos. En apartados posteriores procederé a explicar los distintos tipos de gestación por sustitución, pero, a modo de avance, quiero destacar la existencia de:

- La *subrogación gestacional o plena* mediante la cual se incorpora el material genético de los padres comitentes ya fecundado en el útero de la madre gestante.
- La *subrogación tradicional o parcial* en la que es la madre gestante quien aporta el óvulo.⁶

Otra definición la ofrece la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011⁷, la cual dictó el rechazo de la inscripción de filiación en el Registro Civil español de unos gemelos nacidos por gestación por sustitución en San Diego (California), entiende que la gestación por sustitución consiste en un “*contrato oneroso o gratuito, a través del cual una mujer consiente en llevar a cabo la gestación, mediante técnicas de reproducción asistida, aportando o no también su óvulo, con el compromiso de entregar el nacido a los comitentes, que pueden ser una persona o una pareja, casada entre sí o no, que a su vez pueden aportar o no sus gametos*”.

La gestación por sustitución, según viene definida en la LTRHA, es una de las distintas modalidades de técnicas de reproducción humana asistida existentes. Esta viene motivada por situaciones en las que los denominados “padres comitentes” o “intencionales”, que no pueden o no quieren tener hijos por métodos naturales, proceden a la elaboración de un contrato con la “madre subrogada”. Esta última, también denominada “madre sustituta” o “madre portadora”, es quien, bien mediante inseminación artificial, o bien a través de una gestación *in vitro*, con gametos procedentes de uno o de ambos progenitores, o de donaciones, gesta al embrión, y quien posteriormente cede el recién nacido a los padres comitentes, para proceder a otorgarles los correspondientes vínculos jurídicos filiales.⁸

⁶ VESPUCCI, G. “Dime de dónde vienes, ¿y te diré quién eres? ``Filiación, identidad, relato y conocimiento del origen en homoparentalidades mediante subrogación gestacional”, (2020). *Publicar* – Año XIV nº XXVIII// Julio de 2020. Página 26.

⁷ AC 2011\1561.

⁸ JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J. “*La reproducción asistida y su régimen jurídico*”, Reus, Madrid, 2012, páginas 105 y 106.

No obstante, en mi opinión, el concepto viene a recoger una definición más sencilla y básica como la dada por la Dirección General de Políticas Internas del Parlamento Europeo, que entiende que se trata de “*una práctica en la que la mujer se queda embarazada con la intención de ceder el niño a otra persona al nacer*”.⁹

También me parece acertada la definición que realiza LAMM entendiéndola como una “*forma de reproducción asistida, por medio de la cual una persona, denominada gestante, acuerda con otra persona, o con una pareja, denominadas comitente, gestar un embrión con el fin de que la persona nacida tenga vínculos jurídicos de filiación con la parte comitente*”.¹⁰

Quiero mencionar el hecho de que existen también detractores de la gestación por sustitución que piensan que la denominación apropiada cuando nos referimos a este “negocio jurídico” es el de *explotación reproductiva* ¹¹. Desde esta posición defienden los derechos de la mujer considerando que existe explotación sobre ella al “*ser obligada a reproducirse y entregar su descendencia*”.¹² En este sentido, algunos de quienes no apoyan esta práctica opinan que resulta misógino el término de mujer gestante comparándolo, por ejemplo, con los procesos de adopción en los que a la madre gestante no se le llega a quitar el término de “madre”, biológica en estos casos. Esto quiere decir que la persona adoptada siempre contará con unos “padres biológicos”, mientras que en la gestación por sustitución no se le llama madre en ningún momento a una mujer que se ha sometido a un proceso de fertilidad para poder ser inseminada y parir al futuro hijo de los comitentes.

Estos críticos también opinan que el hecho de referirse a la gestación por sustitución como “técnica”, considerándolo como una TRHA como así realiza la

⁹ BRUNET. L., CARRUTHERS, J. DAVAKI, K., KIN, D., MARZO, D y MCCANDLESS, J. “*El régimen de subrogación en los Estados Miembros de la UE*”, Dirección General de Políticas Interiores, Asuntos Jurídicos y Parlamentarios, 2013, página 7.

¹⁰ LAMM, E. “*Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*.” 1st ed. Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, 2014. Página 24.

¹¹ ALBERT. M. “La explotación reproductiva de mujeres y el mito de la subrogación altruista: una mirada global al fenómeno de la gestación por sustitución”. *Cuadernos de Bioética*, vol. XXVIII, nº2, mayo-agosto, 2017. Página 178.

¹² TORRENTS, A. “Aspectos psicosociales de las gestantes y los/las donantes de gametos”, *Gestación subrogada. Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas. Su evolución y consideración (1988-2019)*. Dykinson, S.L. Página 778.

Organización Mundial de la Salud¹³ y equiparándolo a un embarazo, resulta muy machista.¹⁴

Haciendo una breve referencia a la regulación de la gestación por sustitución en España, que desarrollaré en apartados siguientes, nuestro país ya estableció una regulación sobre esta materia hace aproximadamente 30 años, con la Ley 35/1988¹⁵, la cual sufrió años después una modificación de sus artículos 4 y 11 por la Ley 45/2003¹⁶, y fue derogada por la Ley 14/2006.

Resalto lo anterior porque me parece curioso que en ningún momento se haya tenido la necesidad de acudir a una modificación de la regulación de la gestación subrogada en ninguna de estas leyes. Esto quiere decir, que sigue manteniendo la estructura originaria de 1988.

2.2. Motivaciones para acudir a la gestación por sustitución

Son numerosas las ideas que, independientemente de situarnos en una posición a favor o en contra de la gestación por sustitución, se nos pueden ocurrir para ponernos en situación, tanto de los comitentes como de las gestantes para acudir a ella.

Comenzando con las razones que se pueden plantear los comitentes, atendiendo a cuestiones biológicas, es un método al cual acuden mayormente parejas homosexuales masculinas¹⁷, y también hombres de forma individual, para tener hijos y tener la posibilidad de poder aportar su genoma sin tener que acudir a la adopción. Por otro lado, atendiendo a cuestiones fisiológicas, también recurren a esta práctica parejas

¹³ En este sentido, la OMS define las TRA como “todos los tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo. Esto incluye, pero no está limitado solo a la fecundación in vitro y la transferencia de embriones, la transferencia intratubárica de gametos, la transferencia intratubárica de cigotos, la transferencia intratubárica de embriones, la criopreservación de ovocitos y embriones, la donación de ovocitos y embriones, y el útero subrogado.”

¹⁴<https://stopvientresdealquiler.wordpress.com/analisis-critico-al-concepto-de-gestacion-subrogada-como-tecnica-reproductiva-incluido-en-el-glosario-de-terminologia-en-tecnicas-de-reproduccion-asistida-de-la-oms-2010/> Última consulta: 18-04-2022

¹⁵ Ley 35/1988 sobre *Técnicas de Reproducción Asistida*. (BOE núm. 282, de 24 de noviembre de 1988)

¹⁶ Ley 45/2003 sobre *Técnicas de Reproducción Humana Asistida*. (BOE núm. 280, de 22 noviembre 2003)

¹⁷ COMITÉ BIOÉTICO ESPAÑOL: *Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada*. Página 7.

heterosexuales, y mujeres individualmente, normalmente por padecer problemas de salud reproductiva, como lo son la infertilidad o la fertilidad reducida.

Pero también se acude a ella por otros motivos, como vienen a darse cuando existen situaciones laborales en las que las mujeres pueden llegar a prever una difícil conciliación laboral, simplemente porque temen verse implicadas en un embarazo, o bien por sufrir complicaciones a la hora de embarcarse en un proceso de adopción.

En cuanto a las motivaciones existentes de la otra parte, es decir, de la gestante, para someterse a esta técnica. Estas son principalmente:

- Razones económicas: en este caso las mujeres gestantes ceden su actividad a cambio de una contraprestación económica. Esta motivación es más criticada doctrinalmente, manteniéndose en contra gran parte de los juristas. En este sentido, LASARTE ÁLVAREZ entiende que, si se diera la posibilidad de acudir a la gestación por sustitución a cambio de una contraprestación económica, es decir con carácter oneroso, se permitiría la instrumentalización de los más débiles a favor de los más poderosos.¹⁸
- Cuestiones de solidaridad y razones sentimentales: aplicadas en mujeres que consideran un acto de solidaridad y de puro altruismo el gestar y entregar posteriormente a una familia o un individuo el recién nacido. En estas situaciones juega un papel importante el hecho de las relaciones más cercanas de las personas, tales como la amistad, familiares, etc., quienes van a ser, normalmente, las personas ofrecidas a ayudar. La familia, en cambio, no es factor determinante cuando la motivación viene dada por incentivos económicos, como he indicado en el primer caso.¹⁹

2.3. Orígenes de la técnica

Si bien es cierto que se suele concebir esta técnica como una práctica novedosa de la modernidad, me ha parecido curiosa la referencia que realiza LAMM sobre su origen, remontándose a la época del Antiguo Testamento, y haciendo referencia al libro del Génesis, sobre el que se basa para decir que “*Sarah, frustrada por su incapacidad de tener hijos, instó a su esposo Abraham a tener relaciones sexuales con una mujer*

¹⁸ LASARTE, C. “La reproducción asistida y la prohibición legal de maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria”. *Diario La Ley*, nº 7777, 2012. Página 13.

¹⁹ SANCHEZ ARISTI, R. “*La gestación por sustitución: dilemas éticos y jurídicos*”, Humanitas Humanidades Médicas, nº 49 (2010). Página 18.

esclava, Hagar. De esta manera, su hijo Ishmael nació".²⁰ Esta autora con su referencia al libro de la Biblia localiza el origen de esta TRHA desde una visión androcéntrica, en la que el hombre es el centro del universo, y es quien intenta paliar los problemas de su mujer para tener hijos acudiendo a otra mujer para que esta sea la que geste a su futuro hijo.

No obstante, el primer documento oficial relativo a gestación por sustitución data de 1976 representado por el abogado Noel Keane, fundador de la Surrogate Family Service Inc.²¹

Según FERRER VANRELL, el inicio de la gestación por sustitución se produjo a raíz del avance realizado en torno a la "*posibilidad de transferencia de embriones genéticamente ajenos sin que se produjera rechazo*".²²

Un caso importante que otorgó a la gestación por sustitución gran visibilidad pública, e hizo que se convirtiera en un método novedoso en cuanto a las técnicas de reproducción, fue el conocido como "*Baby M.*" en Estados Unidos en 1987.²³ Este fue novedoso ya que hizo participar a numerosos estudiosos de distintos ámbitos para analizar si se puede comprar la maternidad, es decir, se plantean la gestación por sustitución en sí.

Se trata de un caso en el cual una pareja, la familia Stern, no podía tener hijos de forma natural ya que la mujer padecía una enfermedad con la que su salud corría riesgo si quedaba embarazada, por ello acordaron un contrato de gestación por sustitución con una mujer, Mary Beth Whitehead. Dicho documento se firmó finalmente por una cantidad de 10.000 dólares, incluidos los gastos derivados, y tenía como condición principal el que la mujer gestante fuera inseminada artificialmente con el semen del señor Stern, y posteriormente renunciara a la patria potestad y entregase al niño a la pareja que se veía impedida para procrear un hijo.

²⁰ LAMM, E. *Gestación por sustitución...*, cit. página 19.

²¹ *Ibidem*, página 20.

²² FERRER VANRELL, M.P. "*Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*", (2007). Dykinson. Página 159.

²³ http://elpais.com/diario/1987/01/19/sociedad/538009202_850215.html. Última consulta: 14-04-2022.

La problemática surgió cuando al nacer la niña y pasar con la gestante los días recomendados sanitariamente, y aprobados por los padres comitentes, esta decidió no seguir adelante con lo acordado, no entregar a la niña y no renunciar a la relación de filiación que le unía a ella y que permitiría a la madre comitente adoptarla.

Al recurrir ante los tribunales, la pareja Stern encontró que el Tribunal Supremo del Estado resolvió la nulidad del contrato firmado por ambas partes al considerar que no era eficaz y, por lo tanto, tampoco era lícito, entrando en juego el interés superior de la menor y los derechos que sobre ella recaían. Tras un análisis pericial y testifical en el que, considerando el interés superior de la menor, se entendía unas mejores condiciones económicas de la familia Stern, finalmente el Tribunal decidió otorgar la custodia a los padres comitentes incluyendo el permiso a la señora Whitehead para poder visitar a la niña.

2.4. Modalidades de la gestación por sustitución

Es muy amplia la clasificación que realiza el Comité de Bioética de España²⁴ en relación a las modalidades y tipos de gestación por sustitución, distinguiendo cuándo existe o no vínculo afectivo, las condiciones que se establecen en el negocio jurídico, las determinaciones en las relaciones jurídicas entre ambas partes, un marco legal que determine la seguridad jurídica de la situación, la información aportada, etc.²⁵

No obstante, de una forma más amplia y como he indicado en apartados previos, dentro de la clasificación de la gestación por sustitución destaca:

- Por un lado, la *gestación por sustitución tradicional* que se da cuando la madre gestante aporta además de sus gametos, la gestación. Tales gametos pueden fecundarse con el semen aportado por el comitente²⁶, o con el de un donante sin que haya aportación de

²⁴ Especial relevancia en este trabajo va a tener el Comité de Bioética de España creado por la Ley 14/2007, de 3 de julio, de investigación biomédica, y constituido el 22 de octubre de 2008. Consiste en un órgano colegiado, de consulta, independiente y de representación nacional que tiene como objetivo aportar informes, elaborar propuestas y recomendaciones sobre aspectos que tengan relación con cuestiones éticas y cuestiones sociales en el ámbito de la Salud y la Biomedicina (tales como la gestación por sustitución). Además, también ha elaborado una serie de principios aplicables a la práctica de la investigación.

²⁵ GIL MEMBRADO, C. “Informe del comité de bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada”, *Gestación subrogada. Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas. Su evolución y consideración (1988-2019)*. Dykinson, S.L. Página 492.

²⁶ Casado, en pareja homosexual o heterosexual, o soltero.

material genético por parte del comitente o los comitentes. De esta manera, en esta modalidad de gestación por sustitución, en el caso de que haya una mujer comitente no tendrá vínculo genético alguno con el embrión. Normalmente cuando se acude a esta modalidad tradicional, se recurre a la técnica de reproducción asistida fecundación *in vitro*²⁷, y raramente, al tratarse de un proceso que requiere de formalidades médicas, se llega a acudir a la inseminación a través del sexo o técnicas caseras.

- Y por otro, la *gestación por sustitución gestacional* que tiene como diferencia que la madre gestante no aportará los óvulos, pero si la gestación, por lo que siempre se va a tener que acudir a la fecundación *in vitro*. En esta modalidad de gestación por sustitución los óvulos van a ser aportados, en el caso de que exista, por la madre comitente, y sino por una donante.

Siguiendo a LAMM, en la gestación por sustitución gestacional pueden intervenir hasta seis personas: “*el donante de espermia, la donante de óvulo, la gestante, su marido – si tiene – y el y la comitente (o los comitentes, excepcionalmente, las comitentes)*.”²⁸. Esto se explica mejor al exponer sus variantes:

- Cuando los dos comitentes son una pareja heterosexual, y la gestante es quien gesta al embrión con ambos materiales genéticos.
- A la que normalmente recurren parejas homosexuales de hombres, es a acudir a la donación de óvulos para que sean fecundados con semen del comitente y posteriormente implantarse en el útero de la mujer gestante.
- Acudir a donantes de semen para proceder a fecundar el óvulo de la mujer comitente.
- Acudir a una doble donación, de semen y de óvulos.

Atendiendo a la realidad práctica de la gestación por sustitución en el derecho comparado, cabe destacar que, mientras los primeros casos de gestación por sustitución se llevaban a cabo en su modalidad tradicional²⁹ a través de la fecundación *in vitro*, la

²⁷ Según el Instituto Nacional del Cáncer, este es el “procedimiento por el que se extraen los óvulos del ovario de una mujer y se combinan con los espermatozoides fuera del cuerpo para formar embriones. Los embriones crecen en el laboratorio por varios días y luego se colocan en el útero de una mujer o se criopreservan (se congelan) para usarlos en el futuro.”

²⁸ LAMM, E. *Gestación por sustitución...*, cit. pág. 28.

²⁹ LAMM, E. *Gestación por sustitución...*, cit. pág. 20.

modalidad más utilizada actualmente es la gestacional³⁰ ya que genera menos inconvenientes, como lo es el hecho de que la gestante no tenga relación genética con el futuro hijo del comitente o comitentes³¹, y porque se muestra como una de las consecuencias derivadas del desarrollo producido en la medicina reproductiva.

En los casos en los que se lleva a cabo la donación, tanto los donantes, como quien recurra a ella, tendrán que recibir la información adecuada y ser aconsejados en varios ámbitos como médicos, biológicos y jurídicos, entre otros, a fin de cumplir con el requisito sanitario necesario del consentimiento informado.³² Además, la Ley 14/2006 estipula que la donación tendrá que ser anónima.

La psicóloga TORRENTS HUGUET afirma que, pese a que no se han elaborado gran cantidad de estudios sobre hijos nacidos por gestación por sustitución, ciertas investigaciones señalan que estos no muestran señales psicológicas relevantes.³³

Por otro lado, siguiendo con la tipología de la gestación subrogada, una de las clasificaciones que realiza el Comité atiende a la finalidad que persigue la gestante. En este sentido podemos encontrar la gestación por sustitución *altruista*, y la *lucrativa*, en función de la existencia o no de contraprestación. Cabe destacar que realmente cuando nos referimos a la gestación lucrativa no nos referimos a lo que se viene a entender como “compra de niños” en términos vulgares, ya que no está admitida ningún tipo de remuneración por gestación, sino que el lucro al que se hace referencia se trata de una compensación realizada a la gestante por el hecho de llevar a cabo esta práctica, lo que, en mi opinión, poco se diferencia.

Esta idea está mejor plasmada en palabra de ABELLÁN-GARCÍA quien considera que “*no puede haber pago de un precio a la gestante, sino una compensación económica por las molestias, que incluya desde luego los gastos médicos relacionados con el embarazo, que no tenga cubiertos*”. Además, considera oportuno que la

³⁰ El descubrimiento en 1978 de la fecundación *in vitro* sirvió de ayuda fundamental a la hora de llevar a cabo el primer caso de gestación por sustitución “gestacional” acreditado en 1984, ya que permitió que no fuese la gestante quien aportara el óvulo.

³¹ <https://www.babygest.es> Última consulta: 16-04-2022

³² JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J. *La reproducción ...*, cit. págs. 25 y 26.

³³ TORRENTS, A. “Aspectos psicosociales...”, cit. pág. 766.

Administración pública sea quien establezca unas bases que regulen la homogeneidad de compensaciones a las gestantes.³⁴

En concreto, el Convenio de Oviedo de 1997³⁵ reconoce en su artículo 21 que el cuerpo humano y sus partes como tal no deben ser objeto de lucro. Y, de la misma manera, el artículo 3 del Real Decreto Ley 9/2014, de 4 de julio³⁶ proclama que “*la donación de células y tejidos será, en todo caso, voluntaria y altruista, no pudiéndose percibir contraprestación económica o remuneración alguna ni por el donante ni por cualquier otra persona física ni jurídica*”.

3. EVOLUCIÓN DEL MARCO LEGISLATIVO DE LA FILIACIÓN EN ESPAÑA

La filiación se puede definir como el vínculo directo e inmediato que une a padres e hijos, que comporta un conjunto de derechos y de obligaciones. Está regulada en el Título V del CC, en sus artículos 108 a 141.

Esta ha sufrido una gran evolución a lo largo de la historia. Principalmente en relación con el derecho de igualdad reconocido por el texto constitucional. Concretamente la igualdad a la que se hace mención hace referencia a las modificaciones realizadas en torno a la eliminación de diferenciación entre la filiación matrimonial y no matrimonial, y la investigación de la paternidad. Esto quiere decir que ya no se realizan diferencias entre hijos tenidos fuera y dentro del matrimonio. Así mismo es importante indicar que la filiación biológica y la jurídica no han de coincidir necesariamente.

³⁴ ABELLÁN-GARCIA, F. “La propuesta de bases regulatorias de la Sociedad Española de Fertilidad” *Gestación subrogada. Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas. Su evolución y consideración (1988-2019)*. Dykinson, S.L. Páginas 461 a 463.

³⁵ *Instrumento de Ratificación del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina)*, hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997. (BOE núm. 251, de 20 octubre 1999)

³⁶ *Real Decreto Ley 9/2014, de 4 de julio, por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos y se aprueban las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos*. (BOE núm. 163, de 5 julio 2014).

La filiación supone el nacimiento de distintos derechos y obligaciones sobre ambas partes, por lo que se respeta el denominado *favor filii*.³⁷ Algunos de los efectos derivados de la filiación son el nombre, los apellidos, la atribución de la patria potestad (la cual ha de relacionarse con la correspondiente obligación de cuidado y protección), y la nacionalidad.

Hace años la descendencia venía determinada genéticamente por un hombre y por una mujer que, cumpliendo ambos el deber de asegurarles a sus hijos un desarrollo social adecuado, económica, material y afectivamente, facilitando el desarrollo y madurez en el crecimiento, serían considerados los padres por consanguinidad de esos niños. No obstante, conforme han ido avanzando las circunstancias sociales, a día de hoy cabe la posibilidad de que sean otras personas sobre quienes recaigan tales deberes, reconociéndose de esta manera la relación paterno-filial. En este sentido se define la filiación como “*una relación natural derivada de la procreación, aunque en ocasiones se prescinda de la verdad biológica, como son los supuestos de adopción y algunos de reproducción asistida*”³⁸

La aceptación de otro tipo de filiaciones, ya no solamente la consanguínea, ha venido a hacer necesario la fijación de una categoría jurídica más amplia que los reconozca, dando lugar entonces a una equiparación en el trato jurídico, social y familiar entre los distintos tipos de filiación.³⁹

3.1. Filiación natural

Por filiación natural se entiende aquella relación que une de forma directa e inmediata, en primer grado, a unos padres con sus hijos.

Al suponer que existe la concurrencia de un padre y de una madre dentro de una relación paterno-filial, como en la mayor parte de casos, distinguimos, por un lado, la

³⁷ Se trata de la idea fundamental que viene a indicar la existencia del interés del menor, el cual no puede resultar indistinto para la ley y para el juez, en el caso de que se lleve a cabo cualquier tipo de procedimiento judicial. Esto quiere decir que el interés que ha de primar frente a otros es el superior del menor.

³⁸ SÁNCHEZ CALERO, F.J. Curso de derecho civil IV. Derecho de familia y sucesiones, (2019). Tirant lo Blanch. Página 291.

³⁹ MEDINA PABÓN, J.E. (2021). *Derecho de familia* (6a edición, 1a edición con Tirant lo Blanch). Tirant lo Blanch.

filiación paterna, y la filiación materna por otro. El hecho de distinguir entre ambas filiaciones es una cuestión de sumo interés en la actualidad debido a que tanto un padre como una madre, de forma individual, pueden ser titulares únicos en la filiación natural.

En los Códigos Civiles latinos nacidos bajo la influencia napoleónica, como el caso de nuestra ley civil española, se apreció una distinción en cuanto a la filiación “legítima” y la “ilegítima”, no permitiéndose tampoco la posibilidad de indagar para conocer la paternidad. La denominada “filiación legítima” consistía en aquella cuyos hijos eran engendrados entre una pareja casada en matrimonio, y reconocía la amplitud de derechos reconocidos en favor de estos hijos. Por otro lado, aquella descendencia con origen extramatrimonial pasaba a denominarse como “ilegítima”, y a su vez esta podía ser calificada como:

- “Filiación natural” en aquellos casos en los que, pudiendo haberse casado cuando la concepción se produjo, los progenitores no lo hubieran hecho.
- “Filiación ilegítima *sensu stricto*” o “filiación ilegítima no natural” cuando los progenitores hubieran tenido prohibición para casarse entre ellos.

En España se persiguió un cambio de esta situación con la Constitución Republicana de 1931, cuyo artículo 43.3 recogía que “*los padres tienen para con los hijos habidos fuera del matrimonio los mismos deberes que para los nacidos en él*”. No obstante, el agitado paso de la Segunda República, así como la Guerra Civil en 1936, no permitieron que este avance constitucional siguiera adelante.

Nuestra Constitución actual en su artículo 14 “*los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento...*”, versa sobre el principio de igualdad ante la ley de todos los españoles, reconociendo tácitamente la inconstitucionalidad en el trato distinto a los previamente denominados “hijos ilegítimos”.

Suma importancia presenta la Ley 11/1981 de 13 de mayo⁴⁰ referente a la filiación, a la patria potestad y al régimen económico que se establezca en el

⁴⁰ Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio (BOE núm. 119 de 19 de mayo de 1981)

matrimonio. Dicha Ley favoreció la reforma del Código Civil en esos aspectos y tuvo como ideas básicas:

- El acercamiento entre distintas cuestiones referidas a la filiación matrimonial y no matrimonial.
- La equiparación de derechos para todos los hijos de un mismo padre o madre, independientemente de que estos estén casados o no.
- Nace la posibilidad de investigar la paternidad o maternidad.

Destaca también:

- Jurisprudencialmente, la Sentencia del Tribunal Supremo 896/2007, de 31 de julio⁴¹ en la que se aplica la legislación previa, la cual distinguía entre la sucesión realizada sobre los hijos matrimoniales y no matrimoniales, por haber fallecido el causante en 1976, es decir, antes de que estuviese vigente nuestra actual Constitución.
- La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil del 2000⁴² regulando distintas cuestiones procesales en materia de filiación, previamente recogidas en el Código Civil.
- La Ley 19/2015, de 13 de julio⁴³, a través de la cual nació el actual artículo 120 CC.
- La Ley 26/2015 de 28 de julio⁴⁴, realizó un cambio en la redacción de determinados artículos previamente declarados inconstitucionales.⁴⁵

3.2. Filiación por adopción

La adopción supone integrar en una familia a alguien que no pertenece a ella por razones de consanguinidad, teniendo en cuenta la adoptabilidad, primando el interés superior del menor, y también la idoneidad de la familia adoptante para ejercer la patria potestad.

Para tratar este tipo de filiación cabe destacar que las normas generales que han de aplicarse a esta última son las de los artículos 108 y ss. CC, y también lo establecido

⁴¹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) número 896/2007, de 31 julio.

⁴² Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 7, de 8 de enero de 2000)

⁴³ Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y el Registro civil (BOE núm. 167, de 14 de julio de 2015)

⁴⁴ Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE núm. 180, de 29 de julio de 2015)

⁴⁵ Por ejemplo, los artículos 133 y 138 del Código Civil.

en el artículo 49 Ley Registro Civil 2011.⁴⁶ Esta regulación deja atrás la anterior, concretamente la de los artículos 201 a 204 del Reglamento del Registro Civil⁴⁷ “*de los apellidos de los hijos adoptivos*”, la cual queda derogada.

El artículo 108.1 del Código Civil establece que “*la filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción*”, existiendo una equiparación normativa entre ambas, ya que, independientemente de la forma en la que se haya determinado la filiación, no existe diferencia alguna entre hijos biológicos e hijos adoptados.

La cuestión de la adopción ha sufrido avances legislativos desde el derecho romano, entendiéndose por aquel entonces la adopción como la unión de una persona extraña como hijo a una unión familiar, y pudiendo ser esta persona *sui iuris* (denominada *adrogatio*), y la de una persona *alieni iuris* (denominada *adoptio*).

La adrogación⁴⁸ venía a suponer la adopción de una familia por otra, adquiriendo el *paterfamilias* adoptante todo el patrimonio de la otra familia a título universal en un primer momento; y, posteriormente, en época justiniana, adquiriendo sólo el usufructo y su administración. Mientras que, por otro lado, mediante la adopción en sentido estricto o *adoptio* una persona sometida a la potestad de otra pasaba a formar parte de otra familia, esta definición concuerda más con lo que entendemos hoy día por adopción.⁴⁹

La primera regulación civil española ya estableció que el proceso de adopción no suponía el romper las relaciones del menor adoptado con la familia que lo daba en adopción, además no adquiría derecho a suceder a su nueva familia adoptante, ni adquiriría sus apellidos.

Actualmente la adopción se configura como un acto irrevocable según el artículo 175.4 CC que dicta que “*nadie podrá ser adoptado por más de una persona, salvo que la adopción se realice conjunta o sucesivamente por ambos cónyuges o por una pareja*

⁴⁶ Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (BOE núm. 175, de 22 de julio de 2011)

⁴⁷ Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Registro Civil (BOE núm. 296, de 11 de diciembre de 1958)

⁴⁸ Tipo de adopción más antiguo.

⁴⁹ ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, A. “*Derecho privado romano*”, Ediciones del Genal, 2010, páginas 38 y 39.

unida por análoga relación de afectividad a la conyugal...”. La irrevocabilidad de la adopción se establece a excepción de lo recogido en el artículo 180 CC, que elimina los vínculos existentes previamente entre el menor adoptado y su anterior familia. Los requisitos principales exigidos son los recogidos en el artículo 175 CC:

- Que el adoptante sea mayor de 25 años.
- Que tenga al menos 14 años más que el adoptado.
- Que no exista una diferencia de edad mayor de 45 años entre adoptante y adoptado.
- Que el adoptante o adoptantes cuenten con la capacidad para ser tutores, y que adquieran una declaración de idoneidad de acuerdo con unos presupuestos establecidos
- Y que, en el caso de que los adoptantes sean más de una persona, que estos sean cónyuges o parejas unidas por una relación análoga a la conyugal independientemente del sexo.

Además, la Ley 13/2005 de 1 de julio⁵⁰ incluyó modificaciones en el Código Civil en materia matrimonial, abriendo la posibilidad a que los matrimonios del mismo sexo pudieran adoptar, equiparándose así a los matrimonios heterosexuales.

3.3. Determinación de la filiación en los casos de reproducción asistida

Las TRHA a las que ya he venido haciendo referencia a lo largo de este trabajo, pueden definirse como aquellos procedimientos realizados en el ámbito de la biomedicina que llevan a que, bien se faciliten, bien se sustituya, el método biológico natural llevado a cabo cuando se engendra a un niño.⁵¹ También viene definida doctrinalmente como *“la obtención de la procreación de un ser humano mediante la utilización de técnicas médico biológicas que determinan el nacimiento sin previa unión sexual de hombre y mujer”*.⁵²

Se distinguen dos tipos de fecundación: la fecundación homóloga y la fecundación heteróloga. Estas consisten en el empleo de gametos masculinos que proceden del hombre que acepta la fecundación y reconoce la paternidad, y en el

⁵⁰ Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio (BOE núm. 157, de 2 de julio de 2005)

⁵¹ SANTAMARÍA SOLÍS, L. “Técnicas de reproducción asistida”. Manual de Bioética, (2000/1ª). Ariel. Página 37.

⁵² SERRANO ALONSO, E. “Aspectos jurídicos de la fecundación artificial”. Actualidad Civil, (107/1999). Página 387.

empleo de gametos aportados por donantes, respectivamente. Dicho ello, es importante destacar que la propia ley sobre técnicas de reproducción humana asistida recoge que tales técnicas habrán de llevarse a cabo en centros sanitarios autorizados legal y debidamente.

Con este avance legislativo relativo al nacimiento de un nuevo tipo de filiación determinada por la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida, el concepto de maternidad biológica y paternidad biológica que se venía considerando tradicionalmente para determinar al progenitor, cambia por completo, ya que las técnicas de reproducción asistida abren las puertas a nuevas posibilidades para determinar la filiación y, por tanto, quiénes serán los padres del menor.

Cabe plantear la posibilidad de que un hombre soltero acuda a las TRA para tener descendencia con su mismo material genético, “paternidad en solitario”⁵³ estableciéndose así una igualdad entre el hombre y la mujer para crear una familia de forma individual, solteros. No obstante, nuestra legislación actual no permite tal situación ya que si, por ejemplo, un hombre contara con el óvulo de una donante tendría que recurrir a la gestación por sustitución, la cual no está permitida por nuestro ordenamiento jurídico.

Para explicar este tipo de filiación será necesario considerar la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, de reproducción humana asistida, la cual materializó la necesidad, ya existente desde los años 70, relativa a una regulación que solucionara, entre otros, problemas relativos a la infertilidad, y que vino a constituir una de las primeras legislaciones que se hubieran pronunciado sobre tal materia.

Esta ley 35/1988 fue modificada por la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, la cual vino a dar respuestas a una serie de cuestiones como la autorización a la hora de utilizar los *“preembriones que se encontraban con anterioridad a su entrada en vigor”*,⁵⁴ en noviembre de 2003, a fin de investigar.⁵⁵

⁵³ LASARTE, C. “La Reproducción Asistida”, Derecho de Familia, Principios de Derecho Civil VI, (2015). Marcial Pons. Página 317.

⁵⁴ Exposición de motivos de la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, de Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

⁵⁵ La Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, órgano colegiado perteneciente al Ministerio de Sanidad cuya actividad se basa en la asesoría y orientación a la hora de utilizar las TRHA, y al desarrollo científico, expuso críticas sobre esta cuestión.

Habrá que atender también a la Ley 42/1988, de 28 de diciembre, de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u  rganos⁵⁶, en cuanto a la complementariedad que aporta a la LTRHA, teniendo en cuenta la modificación que sufrió a través de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, como consecuencia del desarrollo en el ámbito médico y biológico.

En este sentido, es interesante resaltar que, durante el nacimiento de esta Ley, se plante  un recurso de inconstitucionalidad mediante el que se denunciaba el hecho de que, cuando se llevaban a cabo estas técnicas, los embriones y fetos comportaban el propio objeto del contrato, existiendo entre ellos una patrimonialización que juega en contra de los derechos de la persona del artículo 10 de la Constitución española, relativo a la dignidad y el respeto a toda persona. No obstante, tal recurso fue desestimado casi en su totalidad, indicando la sentencia del Tribunal Constitucional⁵⁷ que este tipo de donación no lleva a la patrimonialización de la persona al no poder llevarse a cabo a cambio de una remuneración y al prever dicha donación sólo en los supuestos en el caso de fetos o embriones no viables o muertos.⁵⁸

Por otro lado, la cuestión normativa de las TRHA tampoco ha dejado indiferente a la doctrina penalista la cual se plante  hace décadas si realmente la fecundación artificial podía llegar a encajar en alguno de los delitos tipificados en aquel momento, o incluso si se podría llegar a crear una figura que castigue tal actividad.⁵⁹

3.4. Adopción tras la gestión por sustitución

El Tribunal Supremo en su más reciente jurisprudencia ha recalcado que, buscando alcanzar el interés superior del menor, en los casos en los que la madre comitente sea quien inste el reconocimiento de la filiación a su favor, el procedimiento que habrá de seguir será el de la adopción. Esto se defiende desde una perspectiva desde la que el requisito de idoneidad estará cubierto plenamente en el momento en el que el menor lleve una temporada larga de tiempo conviviendo con ella y bajo sus cuidados,

⁵⁶ Ley 42/1988, de 28 de diciembre, de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u  rganos (BOE núm. 314, de 31 de diciembre de 1988)

⁵⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional 212/1996, de 19 de diciembre (BOE núm. 19 de 22 de enero de 1997)

⁵⁸ LASARTE, C. *La Reproducción...*, cit. pág. 294.

⁵⁹ CUELLO CALÓN, E. *Tres Temas Penales. El aborto criminal. El problema penal de la eutanasia. El aspecto penal de la fecundación artificial*, (1955). Bosch. Página 179.

tratándolo como si fuera su madre. El Tribunal Supremo defiende, por lo tanto, que esta será la situación que mayor protección ofrecerá a los derechos fundamentales de las partes actoras en el proceso, sobre todo de la gestante ya que de esta manera se evita el ejercicio de agencias y negocios que pretenden lucrarse como intermediarios en la gestación por sustitución.⁶⁰

Siguiendo en este punto a GIL CORDOBÉS, se trata de un extenso y complicado proceso judicial el encaminado a alcanzar que, acudiendo una pareja al proceso de gestación por sustitución, el nacido como fruto de la misma alcance la figura de hijo de ambos en cuanto a la filiación legal se refiere. Me voy a referir en este apartado al proceso que se lleva a cabo en el momento en el que, regresando la pareja a España con un menor nacido por gestación por sustitución, reconocida la filiación del padre, haya de determinarse la otra filiación la cual recaerá sobre la madre gestante. Por lo tanto, el objetivo final se entiende que es alcanzar el reconocimiento de la filiación del menor por parte de los dos miembros de la pareja.

La citada autora resalta que, atendiendo a cuestiones procesales, será necesario que, en la solicitud del adoptante, la cual habrá de realizarse por escrito, venga acompañada de un documento en el que quede constancia expresa por parte de la madre gestante dando su consentimiento para que se proceda a la adopción.

En estos casos el expediente de adopción necesitará que se aplique una inscripción de nacimiento en el Registro Consular de España en el país en el que se haya tramitado la gestación por sustitución. Además, deberá acreditarse en el Registro Central la paternidad en favor de uno de los individuos de la pareja comitente, y la gestante como madre. Junto con la inscripción en el registro se tendrá que aportar la resolución del juzgado correspondiente que indique la filiación del menor legalmente reconocidas u homologadas mediante exequátur. Si se carece de esta resolución judicial se procederá a la determinación de la filiación a través de lo establecido en el artículo 131 y ss. CC, ahora sí frente a los tribunales nacionales a fin de determinar la filiación del menor.⁶¹

⁶⁰ Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) número 277/2022, de 31 de marzo.

⁶¹ GIL CORDOBÉS, M.M. “Adopción tras gestación subrogada”. *Gestación subrogada. Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas. Su evolución y consideración (1988-2019)*. Dykinson, S.L. Página 409.

Según nuestro ordenamiento jurídico, la filiación materna se determina mediante el parto, entonces se tendrá que atender a lo que diga la madre gestante, si bien es cierto que la situación se verá complicada como consecuencia de la lejanía física existente entre ambas partes, es decir, la gestante no se desplazará a España simplemente para comparecer y ser oída. Por ello se complica el proceso de adopción, adquiriendo gran importancia la normativa jurídica internacional en materia de cooperación en función del país en el que se lleve a cabo la gestación por sustitución.

Habiéndose reconocido la filiación del recién nacido se procederá a elaborar el expediente de adopción correspondiente a la otra persona que componga la pareja o matrimonio, teniendo la madre comitente que volver a ser oída para que quede constancia de su consentimiento.⁶²

4. MARCO NORMATIVO DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN ESPAÑA

4.1. Determinaciones previas.

La primera Ley de Reproducción Humana Asistida vigente en España data de 1988, esta fue derogada por la actual ley 14/2006 de 26 de mayo. La primera LRHA en cuestión se trata de la Ley 35/1988 y significó un importante desarrollo a nivel legislativo en cuanto a que supuso una respuesta de lo que venían pidiendo los ciudadanos, directa o indirectamente, en el mundo de la ciencia reproductiva. Además, sufrió una posterior modificación con la Ley 45/2003 a fin de “*dar un destino a los embriones supernumerarios y evitar la posible generación de más embriones que pudieran no tener finalidad reproductiva*”.⁶³

En la misma década de los 80, se redactaron diferentes textos legales como la Comisión Warnock de Gran Bretaña (1982); la ley sueca de 1984; y la ley alemana de 1986, la cual tuvo una evolución progresista que culminó en 1988. Todas estas leyes mencionadas llevaron a España a ser considerada como uno de los primeros países en regular la TRA, y que mostró preocupación acerca de la protección de cierto tipo de derechos humanos y fundamentales en paralelo con el evidente desarrollo científico que se producía en el mundo de la reproducción asistida.

⁶² *Ibidem*. Página 425.

⁶³ VEIGA, A. “*Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*”, (2007). Dykinson. Página 17.

La LTRHA vigente actualmente fue fruto de las peticiones realizadas por parte de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, al entenderse que la Ley 35/1988 debía ser objeto de modificación, y que la realizada por la Ley 45/2003 no era suficiente. Una de las novedades introducidas fue la de investigación y desarrollo de nuevas técnicas.

No obstante, la situación legal actual en España parte principalmente de lo establecido en el artículo 10 de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida⁶⁴, el cual reconoce la nulidad de pleno derecho de aquel acuerdo convenido mediante contrato que tenga como finalidad “*la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o un tercero*”. Este precepto viene a reconocer la prohibición en nuestro país, en todo caso, de la gestación por sustitución.

Hace relativamente pocos años el grupo parlamentario Ciudadanos presentó una Proposición de Ley ante el Congreso de los Diputados con la finalidad de regular el derecho de gestación subrogada respetando los derechos de dignidad, libertad, igualdad y solamente en los supuestos de solidaridad, sin ánimo de lucro. No obstante, el hecho de la dispersión de la legislatura hizo que tal iniciativa caducara.⁶⁵

4.2. El contrato de gestación por sustitución

La gestación por sustitución según viene definida en el artículo 10 de la Ley 14/2006 implica la celebración de un contrato. Es por ello que en los siguientes apartados me referiré a las cuestiones más relevantes que habrán de recogerse en los acuerdos convenidos entre las partes en el extranjero, puesto que nuestro ordenamiento jurídico los considera nulos de pleno derecho por considerarse la falta de requisitos esenciales necesarios en los contratos: ilicitud del objeto y de la causa, un atentado contra la dignidad humana, y una muestra de desigualdad económica entre personas. Establece SÁNCHEZ SÁNCHEZ que el contrato habrá de realizarse por escrito, de

⁶⁴ Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre *Técnicas de Reproducción Humana Asistida*. (BOE núm. 126 de 27 de mayo de 2006)

⁶⁵ Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, XII Legislatura, Serie B. Proposiciones de Ley, 8 de septiembre de 2017.

acuerdo con las normativas relativas a documentos establecidas en el país en el que se realice.⁶⁶

4.2.1. Acuerdo de voluntades

La formalización de un contrato requiere de la manifestación de la voluntad por parte de las partes contratantes. En este sentido, la nulidad a la que hace alusión el precepto 10 LTRHA es a la del propio acuerdo de voluntades que asumen las partes contratantes en la gestación por sustitución, y cuyo objeto es la gestación por parte de una mujer gestante, para que posteriormente esta ceda a los denominados padres comitentes los derechos filiales del recién nacido que sobre ella recaerían. El acuerdo de voluntades puede llegar a determinar además el que la mujer gestante aporte su propio óvulo en la gestación.

Hay quien considera que la gestación por sustitución no se trata de una TRA, no sólo por su prohibición, sino porque no se incluye en las técnicas reguladas en la LTRHA, como si lo hacen: la inseminación artificial, la fecundación in vitro con transferencia de embriones y la transferencia intratubárica de gametos⁶⁷, y adquiriendo todas ellas una característica idéntica: será quien alumbre al bebé quien tenga la condición de madre independientemente de que los gametos no sean aportados por ella.

Como he indicado en apartados anteriores, el acuerdo de voluntades puede establecerse a cambio de un precio o no. Este precio consiste en la retribución económica que puede recibir la gestante a cambio de que cumpla las obligaciones que sobre ellas recaen indicadas en el convenio.

En el caso de que no se establezca remuneración alguna a favor de la mujer gestante, la modalidad altruista, el contrato será gratuito. La gestación por sustitución altruista es regulada por aquellas normativas extranjeras que pretenden eludir los abusos sobre la gestante, esto es intentar evitar que las mujeres que carezcan de una buena capacidad económica se vean en la necesidad de acudir a gestar un niño para alguien a

⁶⁶ SÁNCHEZ SÁNCHEZ, E. “La Instrucción de 5 de octubre de 2010”. *Gestación subrogada. Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas. Su evolución y consideración (1988-2019)*. Dykinson, S.L. Página 351.

⁶⁷ CARDONA GUASCH, O. “La gestación subrogada. Concepto. El artículo 10 LTRHA”, *Gestación subrogada. Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas. Su evolución y consideración (1988-2019)*. Dykinson, S.L. Página 237.

cambio de dinero. Esto no impide que los padres comitentes aporten a la gestante el dinero que corresponda a gastos médicos y otros gastos necesarios derivados del embarazo. Por otro lado, si la gestante recibe un precio a modo de remuneración por su actividad, la gestación por sustitución se considerará onerosa, y capaz de asimilarse a un “arrendamiento de servicios”.⁶⁸

4.2.2. Partes contratantes.

Las partes del contrato serán la parte comitente y la parte gestante.

- Parte comitente:

Serán el o los sujetos que procedan a confiar en la mujer gestante el gestar a un embrión para que cuando dé a luz el recién nacido les sea cedido, y son denominados padres comitentes, de intención, o de elección. Estos pueden ser:

- Una persona sola, hombre o mujer.
- Una pareja, matrimonial o bajo una relación análoga a la matrimonial, homosexual o heterosexual.
- Una persona jurídica que actúe como intermediario en nombre de un tercero (de los futuros padres en pareja o individualmente). Estas son Agencias destinadas a escoger a las gestantes adecuadas.

- Parte gestante:

Ha de tratarse siempre de una mujer por la obvia razón de que ni un hombre ni una persona jurídica podrán gestar a un bebé. Esta se obligará a gestar, aportando o no sus gametos, y dar a luz al bebé a cuya relación maternal renunciará posteriormente.

4.2.3. Prestación

El Diccionario Panhispánico del Español Jurídico define la prestación como la “cosa o servicio que alguien recibe o debe recibir de otra persona en virtud de un

⁶⁸ Ibidem, página 241.

contrato o de una obligación real”.⁶⁹ Este comportamiento puede estribar en: dar, hacer o no hacer (art. 1088 CC), y constituye el elemento objetivo del contrato. Esta conducta en la gestación por sustitución consistirá en que la mujer gestante tendrá que: A) verse implicada en la aplicación de TRA, bien con su propio óvulo, bien con óvulo donado, fecundado con el semen del padre comitente o de un donante; o simplemente disponiendo su útero para engendrar un bebé con ambos gametos, femenino y masculino, donados por los padres comitentes. B) Pasar todo el embarazo. C) Ceder al nacido por gestación por sustitución al o los comitentes. Todo este entramado viene a suponer una obligación de hacer y dar por parte de la mujer gestante, e incluso de no hacer ya que esta se verá limitada a la hora de hacer ciertas actividades durante el tiempo que esté embarazada, para no crear riesgos sobre la vida o la salud del fruto de este proceso.

4.2.4. El problema de la revocación del consentimiento

El consentimiento es la actividad determinante, llevada a cabo por parte de la mujer gestante, para la eficaz y legal entrega del bebé a los padres comitentes.

La cuestión de la revocación del consentimiento resulta muy complicada ya que, al establecerse desde un inicio como una obligación de futuro, puede llegar a ser muy incierta. Autores como VELA SÁNCHEZ y CARDONA GUASCH reconocen que el contrato debería formalizarse en un momento previo al embarazo, de forma expresa en documento público ante notario cerciorándose este de que la mujer gestante ha participado sin que su libertad haya sido cohibida y lo haya realizado voluntariamente.

Realmente, pasados los meses correspondientes a la gestación, la mujer puede llegar a encariñarse con el niño que ha dado a luz, o incluso tomar la decisión de abortar antes de parir⁷⁰, por lo que si finalmente esta decide no cumplir con lo acordado habrá de plantearse una posible indemnización por todos los gastos derivados que hayan pagado los comitentes. Es por ello que se suelen introducir cláusulas de penalización para dar garantías y cautelas, porque en caso de no establecerlas se podrían vulnerar

⁶⁹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: Diccionario panhispánico del español jurídico. <https://dpej.rae.es/> Fecha de la consulta: 08/04/2022.

⁷⁰ La legislación ucraniana dispone expresamente que, si la mujer gestante sufre voluntaria o involuntariamente una interrupción del embarazo, la compensación que le correspondería por parte de los comitentes no será abonada, no obstante, reconoce que sí que se podrá dar cierta compensación.

derechos humanos, por ejemplo, en caso de instar a la gestante para que siguiera adelante con el embarazo se podría considerar un acto de esclavitud.

El consentimiento por parte de la mujer gestante ha de estar presente y no variar a fin de establecer una garantía durante todo el proceso de gestación por sustitución, que no es precisamente escaso ya que está conformado por las fases de “celebración del contrato, embarazo, parto, y entrega del niño a los comitentes”.⁷¹ En este sentido, la posibilidad de que la mujer gestante decida no seguir adelante con lo acordado en el contrato una vez iniciado el proceso es una opción dependiente de la voluntad de la gestante en cuanto a la aplicación de su derecho al desarrollo de la personalidad. Esto quiere decir que la gestante podrá revocar el consentimiento una vez iniciado el proceso, incluso habiendo nacido ya el bebé e incluso no ser biológicamente su hijo, asumiendo la responsabilidad maternal.

Según DOMINGUEZ IZQUIERDO⁷², en el caso de que se llegara a permitir legalmente la gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico, dicha regulación debería disponer de la posibilidad de revocación del consentimiento de la gestante, pudiendo esta rechazar continuar con sus obligaciones el cualquier momento hasta el nacimiento del niño. Esta autora indica que será la única solución que garantice que el consentimiento de la gestante se ha otorgado libremente, bajo su propia voluntad y respetando su dignidad.

4.2.5. Efectos jurídicos. La determinación de la filiación.

En la “maternidad” aparecen en juego tres elementos:

- El *elemento genético*, relativo al origen de los óvulos y espermatozoides que van a ser fecundados. Este elemento, como consecuencia de la posibilidad de la donación de gametos, ha perdido importancia en cuanto a la determinación de las relaciones filiales.

⁷¹ DOMINGUEZ IZQUIERDO, E. “La eventual relevancia penal de la aplicación de técnicas de reproducción asistida”, *Gestación subrogada. Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas. Su evolución y consideración (1988-2019)*. Dykinson, S.L. Página 710.

⁷² *Ibidem*, cit. pág. 712.

- El *elemento biológico*, en relación con la gestación en sí y en el parto al final de la misma. Con la LTRHA de 1988 se da la posibilidad de distinguir este elemento con respecto al anterior.
- El *elemento volitivo*, que hace referencia a la intención y voluntad de ser madre. Este elemento intencional irá siempre separado del biológico en los casos de gestación por sustitución, teniendo la mujer gestante papel instrumental pese a ser la titular del elemento biológico, al reconocer que renunciará posteriormente a las obligaciones que al dar a luz sobre ella recaerían.

La consecuencia directa de la nulidad de pleno derecho, e ineficacia, de los acuerdos celebrados por gestación por sustitución, es la de la aplicación de las reglas generales de filiación para su determinación en los casos de bebés nacidos a través de esa técnica.

La legislación española es clara en cuanto a la determinación de la filiación materna disponiendo el artículo 10.2 LTRHA que “la filiación de los hijos nacidos por gestación por sustitución será determinada por el parto”, este criterio tiene origen en el derecho romano (*mater semper certa est*) y establece que ha de primar la gestación y parto sobre el requisito biológico, es decir, quién haya aportado el óvulo. De esta forma existe seguridad jurídica, al margen de la existencia o no del acuerdo de voluntades entre comitentes y la gestante. En cuanto a la filiación del padre, la Ley 11/1981 de 13, de mayo establece que se determinará en favor de quién haya aportado el gameto masculino, salvo que este sea aportado por un donante en cuyo caso en virtud del artículo 8.3 LTRHA “*la revelación de la identidad del donante en los supuestos en que proceda conforme al artículo 5.5 de esta Ley no implica en ningún caso determinación legal de la filiación*”. Entonces, en aplicación de los artículos 112 y ss. CC y 764 y ss. LEC, el hombre cuyo material genético haya sido aportado tendrá el derecho a reclamar la paternidad mediante la correspondiente acción de reclamación de la filiación.

La determinación de la filiación puede variar cuando la gestante que se ve envuelta en la práctica de alguna TRA:

- *Está casada*. Sobre la gestante, independientemente de que aporte o no el óvulo, recaerá la maternidad al dar a luz al bebé. Luego:

- o Si el espermatozoides es del comitente y éste da su consentimiento, se determina la filiación paterna en su favor como hijo matrimonial. En el caso de que no dé su consentimiento se determinará como no matrimonial y tendrá que actuar siguiendo las reglas establecidas en el CC reclamando la paternidad del menor.
 - o Si el espermatozoides procede de una donación no se puede determinar genéticamente quién es el padre. Si el hombre acepta la fecundación se determinará como hijo matrimonial sin posibilidad de impugnación, tampoco por parte del comitente al no tener vínculo genético con el niño.
 - o Si el óvulo es de la mujer gestante y el espermatozoides de su cónyuge la filiación será matrimonial al coincidir que el padre es ascendente del menor tanto genética como biológicamente. En este caso, como consecuencia de la nulidad que emana del artículo 10 LTRHA los comitentes no podrán cumplir con su cometido.
- *No está casada.*
- o Si el espermatozoides es aportado por el comitente la filiación se establecerá como no matrimonial sobre la gestante y sobre el comitente.
 - o Si el espermatozoides procede de una donación y el comitente consiente la fecundación (art. 8.2 LTRHA) la filiación se determina en favor del comitente.
 - o Si ambos gametos son aportados por la pareja comitente el hijo será biológicamente hijo de estos y se podrá establecer la filiación no matrimonial de la gestante y el comitente por la razón del art. 10.2 LTRHA.

En el caso de parejas homosexuales, cuando se trate de una pareja o matrimonio formado por dos mujeres, una de ellas puede ser quien aporte el óvulo y otra quien gestar al embrión, teniendo en cuenta que la filiación se determinará por el parto, independientemente de las reglas de filiación después aplicables para que la otra mujer conste también como madre. Tal situación sí que se viene dando en España de forma legal por lo que, a mi juicio, resulta inútil desplazarse al extranjero para acudir a la gestación por sustitución, ya que lo único que conseguirían serían problemas en relación con la filiación. Por otro lado, en el caso de parejas o matrimonios del mismo sexo masculinos que acudan a la gestación por sustitución en un país donde sea legal, será

uno de ellos quien aporte el gameto masculino y después ambos adentrarse en la problemática de la inscripción en su vuelta a España.

5. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN EL DERECHO COMPARADO

Es interesante realizar un análisis en el que se plasmen las legislaciones aplicables en diversos países para apreciar la existencia de estados a favor y en contra del reconocimiento de esta técnica. Y, además, dentro de las legislaciones que se sitúan en una posición favorable al reconocimiento de la gestación por sustitución, hay cuales pueden ser más o menos permisivas. Otra clasificación sería la de los países que directamente no la regulan, encontrándose en una situación de vacío legal.

En determinados países como en Brasil, Nueva Zelanda y Canadá está permitida la gestación subrogada siempre y cuando no exista contraprestación a favor de la madre gestante o cuando existan pronunciamientos judiciales apropiados y adecuados con este fin. Luego existen países en los que esta práctica está únicamente permitida a ciudadanos nacionales como ocurre en Nepal o en Irán. Estas serían posiciones favorables, pero de una forma limitada.

Otra clasificación es la de los países que autorizan la práctica con una finalidad caritativa o comercial o que aceptan ambos tipos, como lo son Rusia, India, Ucrania, Sudáfrica y algunos estados de Estados Unidos. Pese a ello, algunos de estos países están modificando esta permisividad como consecuencia del denominado turismo reproductivo que está sucediéndose y la problemática derivada del mismo que llega a afectar a la protección que ha de mediar sobre el menor, y del que hablaré posteriormente. Un ejemplo de ello es el hecho de que en determinados países solo se autorice recurrir a la gestación por sustitución a los extranjeros cuya legislación se lo permita, como sucede en India, y también la necesidad de adquirir visados especiales otorgados bajo el cumplimiento de ciertos requisitos⁷³, como sucede en Ucrania y en Tailandia desde hace relativamente pocos años.⁷⁴

⁷³ Como, por ejemplo, que los comitentes sean una pareja heterosexual y que acudan a estos países por razones médicas. Otro tipo de requisitos puede ser que la gestante haya sido madre con anterioridad, que deba ser donante de óvulos, o que se establezcan límites de edad sobre ella.

⁷⁴ Siete y ocho años respectivamente.

Independientemente de la aceptación, más o menos permisiva, adoptada por las distintas legislaciones, es indudable que el acuerdo o contrato elaborado por las partes actoras va a cobrar gran importancia a lo largo del proceso. En algunos supuestos actúa la figura de un mediador entre el o los comitentes y la madre gestante, de forma individual o como representante de una empresa dedicada a ello.

- Canadá

En Canadá la gestación por sustitución se permite siempre y cuando se realice de forma altruista, esto quiere decir que la madre gestante no adquiera una contraprestación económica por gestar al menor que posteriormente cederá a los padres comitentes. No obstante, estos sí que financiarán los gastos derivados del embarazo como gastos médicos, materiales necesarios, etc.

En Quebec serán nulos los acuerdos de gestación por sustitución.

La madre gestante deberá tener al menos 21 años, y los padres comitentes podrán acudir bien de forma individual o en pareja (casados o no casados, e independientemente del sexo de ambos) desde cualquier otro país, es decir, no se requiere la nacionalidad canadiense para iniciar un proceso de gestación por sustitución en este país.

- Estados Unidos

La importancia que presenta la gestación por sustitución en Estados Unidos puede deberse, además de a la amplia jurisprudencia existente acerca de esta cuestión, al amparo que les reconoce al derecho a la reproducción, teniendo en cuenta que cada Estado miembro establecerá sus límites. Además, al tratarse de un país federal formado por varios Estados la regulación en esta materia resulta muy heterogénea conviviendo Estados en los que está permitida y regulada como, por ejemplo, California, Nevada o Delaware, junto con otros en los que no está permitida como en Nueva York o Indiana. En un término medio se situaría Estados como Dakota del Norte, Florida o Illinois en los que está permitida con algunas restricciones como, por ejemplo, que la pareja

comitente haya contraído matrimonio previamente para que ambos consten como padres.

- México

Para analizar la situación mexicana habrá que tomar en consideración la estructura federal en la que se constituye el país. Existen vigentes 33 Códigos civiles, uno por cada Estado que conforma la República Mexicana, y otorgando su propia legislación en materia civil a cada uno de ellos. Tampoco existe una regulación unitaria en relación con la maternidad subrogada.

El artículo 4 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece lo que podemos llegar a entender como el derecho a la libre reproducción, dando la posibilidad a las personas mayores de edad de que ejerciten su derecho de formar una familia, escogiendo cuántos hijos tendrán, en qué momento..., entendiéndose la maternidad subrogada como una de las posibilidades a la hora de aplicar la libre reproducción, al considerarse como una técnica de reproducción asistida.

Un aspecto a destacar es que, fomentando la unidad de familia, se permite el acceso a estas TRA siempre y cuando se acuda en pareja (casada o no), quedando prohibido que lo realicen personas de forma individual. La pareja comitente tiene que acreditar médicamente a la secretaría correspondiente que son incapaces de tener hijos de forma natural.

Otro aspecto diferenciador al de la legislación en otros países, es que no existe la adopción abierta, esta es aquella en la que los padres adoptantes y biológicos se conocen previamente, lo que favorece la disminución del turismo reproductivo. Además, en México es requisito necesario ser ciudadano mexicano para ser parte del contrato, lo que también supone un freno importante sobre el turismo reproductivo.

Los Estados mexicanos que autorizan la gestación por sustitución son los de Tabasco y Sinaloa.⁷⁵ Mientras que San Luis Potosí y Querétaro prohíben tajantemente

⁷⁵ El título V del Código Familiar del Estado de Sinaloa regula en su integridad todo lo relativo a la reproducción humana asistida y la gestación por sustitución, quedando reconocida la subrogación total y la parcial.

esta técnica. Además, pese haberse elaborado y aprobado una “Ley de Maternidad Subrogada” para la capital mexicana, ésta no se ha publicado, por lo que no existe derecho vigente aplicable sobre ella.

Un requisito general aplicable en ambos Estados es que la gestante sea mayor de edad (de 25 a 35 años) y que cuente con un buen perfil médico y psicológico.

- Ucrania

En Ucrania, al existir la posibilidad de acudir a la ovodonación, está aceptada tanto la subrogación gestacional, como la tradicional. Pese a ello, sus normas sugieren que la pareja aporte el material genético del embrión. Así mismo la gestación por sustitución puede llevarse a cabo sin ánimo de lucro, y también a cambio de forma lucrativa. La cantidad a retribuir la van a determinar mediante acuerdo los comitentes y la gestante, sin que exista ninguna restricción.

Los padres comitentes han de formar una pareja heterosexual, quedando apartadas las personas solteras y las parejas homosexuales.

El contrato que vaya a mediar entre las partes deberá estar redactado ante notario para afianzar así los derechos y obligaciones que recaen sobre las partes, y también sobre el menor.

Considero que Ucrania es un ejemplo que plasma a la perfección una de las problemáticas que puede derivarse de la falta de regulación en materia de gestación por sustitución en un plano internacional, y de la carencia de legislación española en relación con el turismo reproductivo, en cuanto a la situación bélica en la que se está viendo envuelta en este año 2022. Es una realidad la dificultad de conocer con veracidad lo que está sucediendo en aquellos territorios, y esto nos limita a tener en cuenta únicamente lo que nos es aportado por parte de los medios de comunicación y los testimonios de gente que consigue huir del país. Es por ello, que los medios de comunicación en estos últimos meses no han dejado de lado la cuestión de la gestación por sustitución, dando parte en sus titulares, por ejemplo, de la situación en la que se encuentran un número elevado de recién nacidos por gestación por sustitución en

búnkeres en Kiev, debido a que nadie ha podido acudir a recogerlos.⁷⁶ Es evidente la desprotección jurídica que estos bebés sufren en el sentido de que, si no hay una inscripción en la que conste su nacimiento ni algún documento que los identifique⁷⁷ podrían llegar a ser objeto de explotación infantil.

Son numerosos los problemas entonces derivados de la guerra en Ucrania, la situación de deslocalización de las madres gestantes, el que las gestantes se hayan desplazado a lugares donde no está reconocida la gestación por sustitución, etc. Una solución que podría plantearse sería que Ucrania únicamente realizará contratos de gestación por sustitución con nacionales de países en los que también estuviera legalizada.

- Rusia

En el caso ruso, tienen acceso a la gestación por sustitución tanto parejas de distinto del mismo sexo como mujeres solteras, nacionales o extranjeras. Entonces, queda prohibido que acudan parejas homosexuales.

Esta viene regulada en La Ley Federal “*Sobre las bases de protección de la salud de los ciudadanos de la Federación de Rusia*”, y se permite solamente la de tipo gestacional. Los gametos han de ser aportados por la pareja, y en caso de que sea una mujer soltera, se acepta la donación de espermatozoides.

La mujer soltera que quiera acudir a esta TRA va a tener que demostrar de forma fehaciente y médicamente que presenta algún problema que impide que pueda tener hijos, o que pudiendo tenerlos su vida o la del feto corrieran peligro. Además, estas tendrán que aportar su propio gameto femenino, ya que en Rusia no está permitida la ovodonación.

En cuanto al requisito de edad, la gestante tendrá que tener entre 20 y 35 años, haber tenido al menos un hijo previamente y contar con una salud física y psicológicamente positiva.

⁷⁶ <https://www.rtve.es/noticias/20220328/guerra-ucrania-gestacion-subrogada-explotacion/2321529.shtml>

⁷⁷ El artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño dice 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 cuidados por ellos*”.

Un aspecto que me ha llamado la atención, que considero a parte de machista, arcaico y contrario al derecho fundamental de libertad, entre otros, que se desprende de las sociedades sociales y democráticas de derecho en la actualidad, es el hecho de que si una mujer está casada tiene que contar con el consentimiento de su cónyuge para actuar como gestante.

6. EFECTOS JURÍDICOS DEL CONTRATO DE SUSTITUCIÓN REALIZADO EN EL EXTRANJERO.

6.1. La filiación en la gestación subrogada por comitentes españoles en el extranjero

Al no existir en España legislación unitaria en torno a la filiación de los nacidos en países extranjeros a través de gestación por sustitución, se atenderá a la normativa aplicable en cada uno de estos países como, por ejemplo, los siguientes casos.

En Canadá la filiación se determina judicialmente a través de una sentencia que incluya la filiación en favor de los comitentes. Los hijos de extranjeros que acudan a Canadá para someterse al proceso de gestación por sustitución adquirirán la nacionalidad de sus padres, además del reconocimiento de la canadiense por ser el lugar de nacimiento.⁷⁸

En Estados Unidos se da la opción de elaborar una *birth order*⁷⁹, esto es una orden de nacimiento y consiste en un certificado legal que reconoce los derechos filiales de los padres comitentes sin tener que acudir a la adopción una vez nacido el bebé. La tramitación de este documento puede comenzar alrededor del cuarto mes de gestación y puede firmarse en torno al séptimo mes. Dicha orden de nacimiento cobrará efectividad cuando se produzca el parto, no obstante, los comitentes vienen considerándose padres legales desde antes del nacimiento. Si no se realiza esta orden de nacimiento el proceso se seguirá por vía judicial, esto quiere decir que será el juez el que determinará la filiación del menor.

Mientras que en el Estado mexicano de Sinaloa el recién nacido se considerará hijo de los padres comitentes desde antes de nacer, en el Estado de Tabasco se exige que

⁷⁸ REYES LÓPEZ, M.J. “El contrato de gestación subrogada en algunos países fuera de la Unión Europea”. *Gestación subrogada. Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas. Su evolución y consideración (1988-2019)*. Dykinson, S.L. Página 134.

⁷⁹ Puede hacerse antes del nacimiento (*pre-birth order*), o bien con posterioridad a este (*post-birth order*).

los comitentes inicien el correspondiente acto legal para adoptar de forma plena al niño, con independencia de que este tenga o no su material genético.

En Ucrania el artículo 123.2 del Código de Familia ucraniano otorga la determinación de la filiación al matrimonio que concibió al bebé por TRA, es decir, los comitentes son considerados los padres desde un inicio, con independencia de la procedencia de los óvulos intervinientes. Además, se prohíbe que la mujer gestante tenga ningún tipo de relación obligacional con el recién nacido, ni que pueda reclamar su maternidad. Esto se traduce en una legislación poco estricta y permisiva con respecto a la gestación por sustitución. Finalmente, cuando nazca el niño los comitentes habrán de recibir los siguientes documentos para inscribir en el registro ucraniano a su futuro hijo sin que conste ningún dato de la gestante:

- Un documento que permita comprobar el nacimiento incluyendo el nombre del padre natural o biológico y de la gestante.
- Un documento que acredite la renuncia de la gestante a la filiación.

En Rusia, para que los comitentes adquieran la filiación del recién nacido, la gestante tendrá que renunciar previamente a ella. Una vez que esta renuncie el menor adquirirá los apellidos de los comitentes a efectos de su inscripción en el registro, además de adquirir la titularidad de otros muchos derechos, como, por ejemplo, los derechos sucesorios.

6.2. La problemática en su inscripción registral

Como he ido comentando a lo largo de este trabajo, uno de los principales problemas que vienen generados por la gestación por sustitución es aquella que surge en el momento en el que se pretende inscribir al bebé nacido en el extranjero por esta TRA en el Registro Civil español como hijo de los padres comitentes, es decir, la eficacia extraterritorial de los contratos formalizados en países donde la gestación por sustitución esté permitida.

El problema analizado desde la perspectiva de VILAR GONZÁLEZ⁸⁰ concluye con que, al estar prohibida la gestación por sustitución en España, los nacimientos en

⁸⁰ VILAR GONZALEZ, S. “Situación actual de la gestación por sustitución”. Revista de derecho UNED, nº14, 2014. Página 914.

otros países habrán de ser inscritos en los registros de tales países destinados a ello , y posteriormente acudir los comitentes a través del correspondiente acto judicial para que le sean cedidos los derechos filiales, acreditando el que se haya cumplido lo acordado en el contrato previamente elaborado, la protección del menor, y dando la gestante su consentimiento expreso.

La Instrucción de 18 de febrero de 2019 de la Dirección General de los Registros y del Notariado⁸¹, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución dejó de lado a la anterior Instrucción de 14 de febrero del mismo año (la cual no llegó a publicarse en el BOE), y se limitó a exigir que para inscribir la filiación de estos bebés deberían llevarse a cabo procedimientos judiciales con sentencia firme en los países donde se llevara a cabo y que además dispusiera de exequátur, de acuerdo con la Instrucción de 5 de octubre de 2010. La Instrucción de 14 de febrero de 2019 presentó como diferencia respecto a la de 5 de octubre de 2010 el que ya no sería necesaria la sentencia que demostrara la filiación del padre de aquel bebé que hubiese nacido en el extranjero.⁸²

La Ley 11/2011, de 21 de julio de Registro Civil regula en su Título VI los hechos y actos inscribibles en él, y además el Capítulo I en su artículo 4 hace referencia a la inscripción de nacimiento y filiación. Lo controvertido del asunto se deriva de su artículo 45 que establece quiénes estarán obligados a realizar la inscripción, incluyendo en el apartado tercero la posibilidad que se le presta a la madre para renunciar a la maternidad, ello lleva a cuestionarse varias preguntas acerca de la legalidad del asunto ya que, siendo la adopción una actividad irrevocable como he comentado en apartados anteriores, la filiación natural conlleva un igual trato. Si la madre renuncia a la filiación actuaría la Entidad Pública como responsable de las obligaciones derivadas.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos emitió un Dictamen el 10 de abril de 2019 en su última instancia (la Gran Sala), la cual conoce, a petición de alguna parte, de asuntos que presenten especial complejidad, indicando que no será necesario que la

⁸¹ Ahora Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública.

⁸² CERRADA LORANCA, C. “La inscripción de nacimiento según la Ley 20/2011” *Gestación subrogada. Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas. Su evolución y consideración (1988-2019)*. Dykinson, S.L. Página 428.

madre comitente registre al menor nacido por gestación por sustitución en un país extranjero, introduciendo, como solución al reconocimiento, la adopción.

Volviendo a hacer referencia a la Ley 20/2011, en su título X se incluye el articulado referente a las normas de derecho internacional privado, así se pretende proteger el derecho a la tutela judicial efectiva mediante la cooperación judicial entre países.

Por otro lado, la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo⁸³ ha reconocido que con la práctica de la gestación por sustitución se vulneran los derechos de la madre y del niño, considerando que “*no son tratados como personas dotadas de la dignidad propia de su condición de seres humanos*”, admitiendo que son tratados como objetos, y no como personas con dignidad propia. Basándose en tales premisas, el Pleno Civil del Tribunal Supremo considera que lo apropiado, para que los padres comitentes adquieran la titularidad de la patria potestad del niño, será acudir a la vía de la adopción.

Entonces, la regulación existente en torno a la inscripción resulta apuntar a enfrentamientos entre las distintas posturas consideradas por la DGRN y la Sala Primera del Tribunal Supremo.

La DGRN considera que la posibilidad de la inscripción en el RC español cuando se reconozca a través del documento requerido junto con la solicitud de inscripción, que no haya existido violencia sobre el interés superior del menor, y el expreso y libre consentimiento por parte de la mujer gestante de renuncia a su filiación. Todo ello pudiendo ser sometido a un control del Encargado del RC a fin de cerciorarse, no entrando en el fondo del asunto, sino en si la renuncia a la filiación realizada por la gestante se realiza sin quebrantar lo dispuesto por el derecho interno español.

Mientras que, por otro lado, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo sí que considera que habría que introducirse en el fondo del asunto, opinando que se puede dar un conflicto de entendimientos entre España y otro Estado, esto quiere decir que a raíz de una misma situación otro Estado puede considerar acorde a derecho algo que España no, y viceversa. La jurisprudencia del Tribunal Supremo queda plasmada en la STS 835/2013 de 6 de febrero de 2014, de donde puede derivarse la considerada primera

⁸³ Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) número 277/2022, de 31 de marzo.

polémica derivada de la inscripción de un menor nacido en el extranjero por gestación por sustitución en Valencia en 2005, cuando una pareja inscribió en Los Ángeles el nacimiento de dos niños, con ellos como padres. En este caso, el Tribunal Supremo resolvió que en el caso de que no se reconociera la misma filiación en España, los menores quedarían desprotegidos vulnerando de esta manera el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos y Libertades Fundamentales.

Esto concluye en la consideración de que existe una elevada inseguridad jurídica en cuanto a la inscripción de menores a la vuelta a España, existiendo supuestos en los que la filiación se ha determinado a favor de los padres comitentes correctamente, y otros en los que se han ido desarrollando mayores problemas a pesar de partir ambos de una misma situación (la gestación subrogada), es por ello que, independientemente de la forma por la que se determine posteriormente la filiación, ya sea por adopción, a través de la reclamación de la misma, etc., el origen del niño va a ser siempre común: el acuerdo con una mujer para que geste a un niño y que posteriormente renuncie a su filiación. Lo más acertado para que exista cualquier tipo de seguridad en estos procesos sería la elaboración de una legislación unitaria en esta materia que determine de qué manera queda prohibida esta práctica, con qué consecuencias en caso de incumplimiento, sobre quien recaerían las obligaciones filiales, la situación en la que se encontrarían los padres comitentes... Todo ello considerando en todo momento el interés superior del menor.

7. TURISMO REPRODUCTIVO

El turismo reproductivo puede definirse como aquella actividad que realiza una persona, individualmente o en pareja, marchándose a otro país para acudir a alguna TRA, bien porque en su país de origen no esté permitida, porque el país al que se desplazan tenga una legislación menos estricta al respecto, o unos métodos más desarrollados. España se encuentra, junto con países como Dinamarca, Suiza o Bélgica, como uno de los países principales a los que se desplazan extranjeros para acceder a las técnicas de reproducción asistida que se ofrecen en nuestro país (no es el caso de la gestación por sustitución).⁸⁴

⁸⁴ HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A. “Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿Hacia una nueva regulación legal en España? *CUADERNOS DE DERECHO TRANSNACIONAL*, (2014). Página 148.

Como consecuencia de la nulidad derivada de los contratos acordados por gestación por sustitución, España se convierte en país de origen en cuanto a turismo reproductivo, es decir, este se desarrolla cuando un español o una pareja española, con la finalidad de ser padres, porque no puedan o no quieran concebir un niño de forma natural en su país se desplazan a países donde esté permitida la práctica.

Además, otra de las razones que llevan a los sujetos a desplazarse al extranjero son cuestiones económicas, ya que existe variedad de precios en torno a los que gira el tratamiento en distintos países. Junto con el motivo económico, los turistas tomarán en consideración la calidad de las clínicas existentes en los países a los que se marchan, así como la legislación aplicable. Todo ello teniendo en cuenta que, valorando las situaciones sociales, políticas y económicas del país al que se desplacen, la gestante podrá sufrir mayores o menores riesgos.

El turismo reproductivo es una realidad que ha venido haciendo eco y que realmente tiene consecuencias en distintas materias. Es por ello que se ha hecho necesario que distintos ordenamientos jurídicos modifiquen su legislación prohibiendo tales técnicas o haciendo su acceso más restrictivo.

En España, el Consejo de Ministros ha remitido al Congreso de los Diputados muy recientemente un proyecto de ley que está generando mucho debate.⁸⁵ Esta reforma pretende alcanzar bajo unos pilares básicos de igualdad, de diversidad y de educación sexual y de género, teniendo como algunos de sus objetivos la eliminación de los días de reflexión obligatorios previos a un aborto, el acceso gratuito a la píldora del día después en los centros de salud públicos, la posibilidad que se ofrecerá a los médicos para que se incluyan objetores de conciencia a fin de organizar en los centros públicos la práctica abortiva de una manera más eficaz. Otra de las modificaciones que incluye este proyecto de ley es el que a las mujeres se les pueda reconocer una incapacidad temporal en aquellos casos en los que sufra tales dolores menstruales que quede médicamente comprobada su incapacidad para trabajar, cubriendo los gastos derivados el Estado a través la Seguridad Social y no la empresa.

⁸⁵ Proyecto de reforma de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de Salud Sexual y Reproductiva y de Interrupción Voluntaria del Embarazo.

Además, esta ley prevé incluir distintos artículos en relación con la maternidad subrogada. Una de las cuestiones más relevantes en este sentido es la persecución penal de aquellos españoles que acudan a la gestación por sustitución en otros países donde esté permitida, y prohibir toda clase de publicidad realizada por empresas dedicadas a ello (intermediarias), en aplicación del artículo 221 del Código Penal. Esto se manifiesta como consecuencia de una protección sobre las vulneraciones que pueden recaer sobre los derechos reproductivos y la violencia sobre la mujer.

En este sentido, amparándose en el artículo 10 LTRHA, la exposición de motivos del anteproyecto reconoce que, mientras que en España se da la nulidad de pleno derecho sobre la gestación por sustitución, no se ha hablado previamente del turismo reproductivo existiendo con ello una desprotección y un limbo jurídico con respecto a las parejas que acuden a otros países y se ven envueltos en distinta clase de problemas, como los de inscripción, por lo que reconoce que *“nuestro país debe lanzar un mensaje contundente en el sentido de reconocer normativamente esta práctica como una forma grave de violencia reproductiva, y tomar medidas en el ámbito de la prevención y de la persecución penal, más allá de nuestras fronteras”*.⁸⁶

En relación con la posible responsabilidad penal que recaería sobre las partes contratantes en la gestación por sustitución, así como sobre la agencia mediadora, en aplicación del artículo 221 CP, BENÍTEZ ORTUZAR recoge que realmente el tipo punitivo no se aplica al hecho de contratar la gestación por sustitución, altruista o no, sino que realmente lo que se muestra delictivo es la intención de alterar el estado civil relativo a la filiación del recién nacido.⁸⁷ Asimismo, el mismo autor expresa que la gestante que haya gestado al feto con gametos ajenos, que no oculte el parto y tampoco ceda el hijo para variar su filiación, sino que realmente su finalidad sea que se produzca un proceso similar al de adopción entre el recién nacido y los comitentes, sin acudir a la guarda, acogimiento o adopción, venían a considerarse ilícitos civiles⁸⁸ (no sabremos qué sucederá con la entrada en vigor de la nueva ley).

⁸⁶ <https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/resumenes/Paginas/2022/170522-rp-cministros.aspx>

⁸⁷ BENÍTEZ ORTUZAR, I. “Aspectos jurídico-penales de la reproducción asistida y la manipulación genética humana”, (1997). EDERSA. Página 401.

⁸⁸ *Ibidem*, página 401.

8. CONCLUSIONES

PRIMERA

La gestación por sustitución se lleva a cabo cuando, mediando un contrato, gratuito u oneroso, una mujer gestante, aportando su óvulo o no, acuerda con una pareja o individuo comitente(s) gestar un embrión para posteriormente renunciar a los derechos filiales que sobre ella recaerían y cederle el menor al o los comitente(s).

SEGUNDA

Se trata de una práctica legalizada en algunos países extranjeros que puede resolver problemas derivados de infertilidad, problemas de salud reproductiva e imposibilidad o rechazo voluntario para tener descendencia de forma natural; pudiendo tratarse la parte comitente de personas que acuden individualmente o en pareja, independientemente de su sexo.

TERCERA

La evolución normativa acaecida en materia de filiación en los últimos años, principalmente las relativas a la equiparación de derechos de los hijos tenidos dentro y fuera del matrimonio, de los biológicos y adoptados, así como la posibilidad de determinar la filiación en parejas homosexuales y la investigación de la paternidad, junto con el desarrollo científico de las técnicas de reproducción humana asistida, dejan la puerta abierta a una nueva regulación nacional sobre gestación por sustitución.

CUARTA

A parte de la nulidad de pleno derecho dispuesta en el artículo 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, la legislación española no da una solución firme a la cuestión de la inscripción en el Registro Civil de los bebés nacidos por gestación por sustitución en el extranjero, es por ello que se debería crear una ley de garantías y cautelas a fin de esclarecer los problemas generados en la vuelta a España de niños nacidos por gestación por sustitución en el extranjero, desde un marco de cooperación internacional así como una regulación nacional unitaria

(bien prohibiendo exclusivamente el desplazamiento por motivos reproductivos junto con sus correspondientes sanciones penales o administrativas, o bien estableciendo soluciones en cuanto a su inscripción en el Registro Civil). En este sentido, urge una regulación a fin de establecer una seguridad jurídica sobre la figura del menor.

QUINTA

Muchos países donde está permitida la gestación por sustitución, y donde se desplazan muchos españoles conscientes de la invalidez del contrato celebrado en nuestro país, han procedido a la modificación de sus leyes haciendo de estas unas leyes permisivas pero más restrictivas, a fin de no generar problemas derivados del turismo reproductivo permitiendo, por ejemplo, que únicamente los nacionales de ese país acudan a la práctica.

SEXTA

Es una realidad que, como consecuencia de todos los gastos derivados la práctica, aunque sea en su modalidad lucrativa (gastos de desplazamiento, gastos médicos, estancia...) acudir a esta técnica de reproducción sea una actividad que sólo algunas personas pueden permitirse. Además, el hecho de que una persona o una pareja española se desplace al extranjero para acudir a la práctica de la gestación por sustitución da lugar a que entren en juego derechos humanos de la mujer gestante y del menor. Esto es así porque resulta impensable que en un país democrático el querer crear una familia sea un derecho que se garantice a la par que, una vez llevado a la práctica, se dé lugar a la vulneración de otros derechos fundamentales como son, entre otros, la dignidad humana de la gestante o el interés superior del menor.

SÉPTIMA

Uno de los grandes problemas que se plantea es a la hora de determinar el objeto del contrato, esté regulado o no, consiste en determinar los efectos de la revocación del consentimiento de la mujer que asumió inicialmente de forma voluntaria (altruista u onerosa) la gestación del futuro hijo de los comitentes. Frente a lo cual la cautela jurídica obliga a respetar en todo caso la voluntad de la mujer gestante que puede variar en cada momento, y darle validez a la revocación de su consentimiento.

9. LEGISLACIÓN

LEGISLACIÓN NACIONAL

- Constitución española de 1931
- Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Registro Civil
- Constitución española de 1978
- Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio
- Ley 35/1988 sobre *Técnicas de Reproducción Asistida*. (BOE núm. 282, de 24 de noviembre de 1988)
- Ley 42/1988, de 28 de diciembre, de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos
- Código Civil español de 1889
- Código Penal español de 1995
- Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
- Ley 45/2003, de 21 de noviembre, por la que se modifica la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida.
- Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio
- Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre *Técnicas de Reproducción Humana Asistida*.
- Ley 14/2007, de 3 de julio, de investigación biomédica, y constituido el 22 de octubre de 2008
- Proyecto de reforma de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de Salud Sexual y Reproductiva y de Interrupción Voluntaria del Embarazo.
- Ley 20/2011, de 21 de julio de Registro Civil
- Real Decreto Ley 9/2014, de 4 de julio por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos y se aprueban las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos.
- Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y el Registro civil

- Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia
- Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, XII Legislatura, Serie B. Propositiones de Ley, 8 de septiembre de 2017.

LEGISLACIÓN INTERNACIONAL

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917
- Comisión Warnock de Gran Bretaña de 1984
- Ley sueca de 1984
- Ley alemana de 1986
- Ley alemana de 1988
- Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989
- Convenio de Oviedo de 1997 para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina.
- Código de Familia ucraniano, de 10 de enero de 2002
- Ley Federal Rusa de 2012 sobre las bases de protección de la salud de los ciudadanos de la Federación de Rusia

10. JURISPRUDENCIA

AUDIENCIAS PROVINCIALES

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011

TRIBUNAL SUPREMO

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) número 896/2007, de 31 julio
- Sentencia del Tribunal Supremo 835/2013 de 6 de febrero de 2014

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- Sentencia del Tribunal Constitucional 212/1996, de 19 de diciembre

RESOLUCIONES DGRN

- Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009
- Instrucción de la DGRN de 14 de febrero de 2019
- Instrucción de la DGRN 5 de octubre de 2010

11. BIBLIOGRAFÍA

- ABELLÁN-GARCÍA, F. “La propuesta de bases regulatorias de la Sociedad Española de Fertilidad” *Gestación subrogada. Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas. Su evolución y consideración (1988-2019)*. Dykinson, S.L.
- ALBERT. M. “La explotación reproductiva de mujeres y el mito de la subrogación altruista: una mirada global al fenómeno de la gestación por sustitución”. *Cuadernos de Bioética*, vol. XXVIII, nº2, mayo-agosto, 2017.
- BENÍTEZ ORTUZAR, I. “Aspectos jurídico-penales de la reproducción asistida y la manipulación genética humana”, (1997). EDERSA.
- BRUNET. L., CARRUTHERS, J. DAVAKI, K., KIN, D., MARZO, D y MCCANDLESS, J. “*El régimen de subrogación en los Estados Miembros de la UE*”, Dirección General de Políticas Interiores, Asuntos Jurídicos y Parlamentarios, 2013.
- CARDONA GUASCH, O. “La gestación subrogada. Concepto. El artículo 10 LTRHA”, *Gestación subrogada. Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas. Su evolución y consideración (1988-2019)*. Dykinson, S.L.
- CERRADA LORANCA, C. “La inscripción de nacimiento según la Ley 20/2011” *Gestación subrogada. Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas. Su evolución y consideración (1988-2019)*. Dykinson, S.L. Página 428.
- COLEMAN, P. “*Surrogate motherhood: analysis of the problem and suggestions for solutions*”, Tennessee Law Review, núm 50, University of Tennessee, Tennessee (EEUU), 1982.
- CUELLO CALÓN, E. *Tres Temas Penales. El aborto criminal. El problema penal de la eutanasia. El aspecto penal de la fecundación artificial*, (1955). Bosch.
- COMITÉ BIOÉTICO ESPAÑOL: *Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada*.

- DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E. “La eventual relevancia penal de la aplicación de técnicas de reproducción asistida”, *Gestación subrogada. Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas. Su evolución y consideración (1988-2019)*. Dykinson, S.L.
- FERRER VANRELL, M.P. “Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida”, (2007). Dykinson.
- GIL CORDOBÉS, M.M. “Adopción tras gestación subrogada”. *Gestación subrogada. Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas. Su evolución y consideración (1988-2019)*. Dykinson, S.L.
- GIL MEMBRADO, C. “Informe del comité de bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada”, *Gestación subrogada. Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas. Su evolución y consideración (1988-2019)*. Dykinson, S.L.
- HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A. “Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿Hacia una nueva regulación legal en España? *CUADERNOS DE DERECHO TRANSNACIONAL*, (2014).
- JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J. “La reproducción asistida y su régimen jurídico”, Reus, Madrid, 2012.
- LAMM, E. “Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres.” 1st ed. Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, 2014.
- LASARTE, C. “La reproducción asistida y la prohibición legal de maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria”. *Diario La Ley*, nº 7777, 2012.
- LÓPEZ VILLAVERDE, V. “Indicaciones médicas y sociales de la subrogación de útero”, *Gestación subrogada. Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas. Su evolución y consideración (1988-2019)*. Dykinson, S.L.
- MEDINA PABÓN, J.E. (2021). *Derecho de familia* (6a edición, 1a edición con Tirant lo Blanch). Tirant lo Blanch.
- REYES LÓPEZ, M.J. “El contrato de gestación subrogada en algunos países fuera de la Unión Europea”. *Gestación subrogada. Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas. Su evolución y consideración (1988-2019)*. Dykinson, S.L.
- ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, A. “Derecho privado romano”, Ediciones del Genal, 2010.

- SÁNCHEZ ARISTI, R. “La gestación por sustitución: dilemas éticos y jurídicos”, Humanitas Humanidades Médicas, nº 49 (2010).
- SÁNCHEZ CALERO, F.J. Curso de derecho civil IV. Derecho de familia y sucesiones, (2019). Tirant lo Blanch.
- SÁNCHEZ SÁNCHEZ, E. “La Instrucción de 5 de octubre de 2010”. *Gestación subrogada. Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas. Su evolución y consideración (1988-2019)*. Dykinson, S.L.
- SANTAMARÍA SOLÍS, L. “Técnicas de reproducción asistida”. Manual de Bioética, (2000/1ª). Ariel.
- SERRANO ALONSO, E. “Aspectos jurídicos de la fecundación artificial”. Actualidad Civil, (107/1999).
- VEIGA, A. “Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida”, (2007). Dykinson.
- VESPUCCI, G. “Dime de dónde vienes, ¿y te diré quién eres? ``Filiación, identidad, relato y conocimiento del origen en homoparentalidades mediante subrogación gestacional”, (2020). *Publicar* – Año XIV nº XXVIII// Julio de 2020.
- VILAR GONZALEZ, S. “Situación actual de la gestación por sustitución”. Revista de derecho UNED, nº14, 2014.

12. WEBGRAFÍA

<https://www.lavanguardia.com/gente/20220311/8116404/grimes-elon-musk-otros-famosos-han-dado-bienvenida-bebes-gestacion-subrogada-mmnn.html> (20/03/2022)

<http://www.elmundo.es/espana/2014/05/01/5362240a268e3e8d1b8b456f.html> (06/04/2022)

<https://stopvientesdealquiler.wordpress.com/analisis-critico-al-concepto-de-gestacion-subrogada-como-tecnica-reproductiva-incluido-en-el-glosario-de-terminologia-en-tecnicas-de-reproduccion-asistida-de-la-oms-2010/> (18/04/2022)

http://elpais.com/diario/1987/01/19/sociedad/538009202_850215.html (14/04/2022)

<https://www.babygest.es> (16/04/2022)

<https://www.rtve.es/noticias/20220328/guerra-ucrania-gestacion-subrogada-explotacion/2321529.shtml> (18/04/2022)

<https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/resumenes/Paginas/2022/170522-rp-cministros.aspx> (18/04/2022)

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: Diccionario panhispánico del español jurídico.
<https://dpej.rae.es/> (08/04/2022)