



Universidad de Jaén

Facultad de Ciencias Sociales
y Jurídicas

Trabajo Fin de Grado

**EL INCOHERENTE TRATO A
LA GESTACIÓN
SUBROGADA EN ESPAÑA**

Alumno: Tomás Jesús Chica Oblaré

Julio, 2020

Resumen: El tema que voy a tratar en este proyecto es fruto de los avances que se han ido dando a lo largo de los años, aunque también expondré a modo de curiosidad como en otras épocas, aunque de una forma diferente, ya se empezó a valorar la opción de sustituir a una mujer que no podía tener hijos por otra que sí tenía esa posibilidad entregando esta última el recién nacido a la pareja. Básicamente, con este proyecto lo que busco es hacer un recorrido por la situación en la que se encuentra la gestación subrogada en España y, además, intento mostrar lo que yo considero incoherencias hacía este tema que, de ser tratado de manera adecuada, podría generar muchos beneficios para aquellos que tienen problemas de fertilidad siendo, a la vez, una forma de acabar con los problemas de explotación y cosificación de la mujer.

Abstract: The topic that I'm going to deal with in this project is the result of the advances that have been made over the years, although I will also expose as a curiosity as in other times, although in a different way, the value of the option to replace a woman who could not have children by another who did have that possibility, giving the latter the newborn to the couple. Basically, with this project what I'm looking for is to take a tour of the situation in which the surrogacy is found in Spain and, in addition, I try to show what I consider inconsistencies towards this topic that, if properly treated, could generate many benefits for those who have fertility problems while being a way to end the problems of exploitation and reification of women.

TABLA DE ABREVIATURAS

DGRN	Dirección General de los Registros y del notariado
LTRHA	Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida
p/pp	Página/Páginas
vol.	Volumen
num	Número
art	Artículo

Índice

1. INTRODUCCIÓN	6
2. CONTEXTO HISTÓRICO	8
3. CONCEPTO	9
3.1 Causas	10
3.2 Modalidades	11
4. MARCO NORMATIVO	12
4.1 Ley de Técnica de Reproducción Humana Asistida	12
4.2 Código Penal	13
4.3 Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010	14
4.3.1 Objetivos y requisitos	15
4.4 Instrucción de la DGRN de 14 de febrero de 2019	18
4.4.1 ¿Por qué una nueva Instrucción?	18
4.4.2 Contenido y novedades respecto de la Instrucción de 5 de octubre de 2010	18
4.5 Instrucción de la DGRN de 18 de febrero de 2019	21
4.5.1 Contenido y opiniones respecto a la Instrucción	21
5. SUJETOS QUE PARTICIPAN EN EL PROCESO	23
5.1 Los padres comitentes	23
5.1.1 El derecho a la reproducción	24
5.1.2 La adopción	25
5.2 El Menor	27
5.2.1 El interés superior del menor	27
5.2.2 ¿Puede afectar este proceso al recién nacido?	28
5.3 La madre gestante	29
5.3.1 Cosificación de la mujer	30
6. LAS AGENCIAS DE GESTACIÓN SUBROGADA EN ESPAÑA	31

6.1 AEGES	33
6.1.1 ¿En qué consiste?	33
6.1.2 ¿Cómo trabaja?.....	34
7. CASO “BABY GAMMY”	34
8. CONCLUSIÓN	36
9. BIBLIOGRAFÍA	38

1. INTRODUCCIÓN

Vivimos en un mundo en el que parece que avanzamos a una velocidad descomunal, sobre todo en el ámbito de la tecnología, cambios que cada vez nos facilitan más la vida y que consisten en una forma de prosperar para el ser humano, además hay que decir que fruto de este avance también se consigue modernizar otros campos como puede ser el de las técnicas de reproducción asistida, llegando hasta la gestación subrogada. Parece que a nivel general estos avances no generan más allá de algún debate aislado pero en el ámbito de la gestación subrogada se ha creado un debate en casi todo el mundo habiendo dos claras posturas que dividen las opiniones sobre este tema. Por un lado nos vamos a encontrar a los que consideran que supone un gran peligro para el ser humano, concretamente para la madre gestante, debido al peligro de explotación que puede existir y para el recién nacido porque entienden que se vulneran sus derechos. Por otro lado vamos a tener a los partidarios de esta técnica de reproducción asistida que consideran que con este método se solucionarían muchos de los problemas que puedan existir en las parejas a la hora de concebir y además también abre las puertas a las parejas del mismo sexo para poder acceder a la paternidad, se trataría de una alternativa a la adopción.

La gestación subrogada es uno de los temas clásicos de nuestro Derecho, parece que en esta materia es como si el tiempo no transcurriera en nuestro país, ya que, si indagamos un poco podemos ver exactamente los mismos problemas en el año 2008 como en el año 2020, es decir, no se termina de avanzar o más bien nunca se ha comenzado el camino y los conflictos entre las distintas posiciones doctrinales parecen no cesar. Para un país como España en el que presumimos de tolerancia y modernidad es extraño que no se haya abordado este tema con la contundencia que lo requiere, mientras que nuestros vecinos portugueses han dado un gran paso intentando la aprobación de la Ley que regula esta materia, aunque se han encontrado con las trabas del Tribunal Constitucional Portugués, han comenzado el camino y existe una voluntad para dar solución a esta problemática. Parece que los distintos Gobiernos que hemos tenido a lo largo de estos años siguen empeñados en tratar este asunto como un delito en el que se impone una pena de hasta dos años de prisión. Los distintos partidos, por lo general, no están a favor de esta materia y el único que hizo una propuesta para su regulación fue el partido “Ciudadanos” cuando estaba presidido por Albert Rivera pero tampoco llegó a buen puerto esta propuesta.

VELA SÁNCHEZ¹ refleja muy bien la situación de la gestación subrogada en su artículo “*Crimen en el bar.*” En ella se relata, con un toque irónico, la situación tan desagradable que pueden llegar a soportar las partes que participan en este proceso, tratando a sus protagonistas como grandes delincuentes. También es bastante crítico, en este artículo, con la falta de regulación de esta materia dejando entrever que al final los delincuentes terminan siendo las parejas que tienen los recursos justos para pagar los gastos que pueda suponer el embarazo y la compensación de la madre gestante y, por tanto, no pueden desplazarse a otro país para llevar a cabo el proceso. Mientras que las parejas que pueden permitirse acudir a países como Estados Unidos encuentran un camino de rosas.

He querido tratar este tema porque me llama la atención que un país como el nuestro aún se encuentre en esta situación, en lo referido a esta materia, y porque considero que es necesario darle una respuesta sea positiva o negativa pero hay que dar una respuesta y tiene que existir una coordinación para ello. No se puede dejar la gestación subrogada a merced de un simple artículo de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida para luego dar paso a Instrucciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado que nada tienen que ver con dicho artículo, ya que, al final a lo que llegamos es a un conflicto con el que no se concreta nada como se podrá comprobar. Por tanto este proyecto se trata de un grano muy pequeño de arena pero con el que pondré todo de mi parte para hacer ver que es necesario avanzar en esta materia.

¹ Vela Sánchez, A. J. (Octubre de 2017). Crimen en el bar. *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia.* (16), pp 2-7.

2. CONTEXTO HISTÓRICO

En este primer punto vamos a tratar de una manera breve la historia que da lugar al nacimiento de la gestación por subrogación o, al menos, a las primeras nociones, ya que, aunque pueda parecernos que se trata de un tema novedoso que nace en el siglo XXI, ni mucho menos es así. Tenemos que retroceder varios siglos atrás para encontrar las primeras nociones de este tema, incluso vamos a hacer referencia a la Biblia porque en las Sagradas Escrituras es posible encontrar esta práctica.

Como he dicho en el párrafo anterior no es novedad que una mujer lleve a cabo la gestación de un bebé en sustitución de otra mujer, pero la pregunta que sí nos podemos hacer es ¿Cómo se llevaba a cabo esta práctica? en siglos donde no existían los avances médicos con los que contamos en la actualidad. Como es obvio en este tiempo pasado no existían las distintas técnicas que podemos encontrar hoy día como son la fecundación in vitro o la inseminación artificial. Pues bien todo ello se llevaba a cabo directamente mediante relaciones sexuales entre el padre y la gestante elegida para tener al bebé en defecto de la mujer del donante que no podía tener hijos, por tanto la futura madre, en este caso, no iba a tener ningún tipo de relación con la concepción del bebé. Como iremos viendo a lo largo de este proyecto este tipo de concepción va a ser la que menos se va a utilizar pudiendo incluso la gestante no tener ninguna relación con el bebé en cuanto a la genética se refiere.

Como curiosidad vamos a ver como se trataba la gestación por subrogación en distintas etapas de nuestra Historia:

La gestación por subrogación según el Código de Hammurabi²: En este caso se planteaba la gestación por subrogación de manera que si de un matrimonio resultaba que la mujer era estéril y quería tener hijos acudían a una esclava para que procreara con el marido, además, el Código daba una serie de garantías a la gestante como, por ejemplo, si la esclava tenía hijos con el marido ya no podía ser vendida.

² **Código de Hammurabi:** Datado hacia el año 1692 a.C. es uno de los primeros conjuntos de leyes que se han encontrado y uno de los ejemplos mejor conservados de este tipo de documento de la antigua Mesopotamia. El objeto de esta ley era homogeneizar jurídicamente el reino de Hammurabi. De este modo, dando a todas las partes del reino una cultura común, se podía controlar todo con mayor facilidad. La piedra con la inscripción podemos encontrarla en el Museo del Louvre de París.

“El origen de las leyes. El Código Hammurabi” (s.f.). Ortega & Suárez Asociados.

<https://www.ortegaysuarez.com/blog/181-el-origen-de-las-leyes-el-codigo-hammurabi>

La gestación por subrogación según el Génesis: En el Antiguo Testamento también nos vamos a encontrar con algunas nociones de la maternidad subrogada y, concretamente, vamos a hacer referencia al Génesis 16: 1-16 y cito textualmente el fragmento. *“Sarai, mujer de Abram, no le daba hijos; y tenía ella una sierva egipcia que se llamaba Agar. Entonces Sarai dijo a Abram: Ya ves que Jehová me ha hecho estéril; te ruego, pues, que te llegues a mi sierva; quizá tendré hijos de ella. Y atendió Abram al ruego de Sarai. Y Sarai mujer de Abram tomó a Agar su sierva egipcia, al cabo de diez años que había habitado Abram en la tierra de Canaán, y la dio por mujer a Abram su marido.”*

Como bien podemos deducir del fragmento tenemos por un lado a Sarai, la cual es infértil, y es por ello que le ofrece a su marido Abram concebir con la esclava o criada que trabaja para ella y fruto de ello nacería Ismael.

Gestación por subrogación en Mesopotamia: Durante esta época también se dieron casos de este tipo de gestación mediante el cual se recurría a una esclava, como en los casos anteriores, o a una hieródula³ si la esposa del marido no podía tener hijos. El fruto de la relación entre el marido y la esclava era considerado un auténtico heredero y la mujer que gestaba al bebé, a partir de ese momento, podía ser o bien liberada de su esclavitud o recibir una donación.

Como se puede comprobar además de un contexto histórico se podría considerar un apartado de curiosidades, ya que, muchas veces pensamos que la existencia de una cosa se debe exclusivamente a los avances que se dan durante el transcurso del tiempo y gracias a investigaciones como esta nos damos cuenta de que ni mucho menos es así. Como hemos visto, ya en tiempos anteriores, también se buscaba dar protección a la mujer que actuaba como madre gestante asegurando unos derechos que por entonces eran muy difíciles de conseguir como el no ser vendida si la mujer era una esclava, es decir, se aseguraba estar con sus dueños para siempre.

3. CONCEPTO

Antes de entrar en el mundo de la maternidad subrogada es necesario que sepamos o tengamos alguna noción de lo que significa realmente subrogación a nivel general. Nos dice la RAE, basándose en el Código Civil, que se trata de *“un acto por el que una persona*

³ Hieródula: En la antigua Grecia, esclavo dedicado al servicio de una divinidad. <https://dle.rae.es/hier%C3%B3dulo>

sustituye a otra en los derechos y obligaciones propios de determinada relación jurídica.”

Por otro lado para ir acercándonos un poco más encontramos la definición de la profesora Quicios Molina en la que nos habla de que la gestación por sustitución “*se caracteriza por la relación entre una mujer y una pareja o persona sola que persiguen la gestación asistida de un ser humano que se quiere hijo de los comitentes*” en este caso la profesora Quicios Molina cuando habla de comitentes se está refiriendo a la pareja o persona que solicita la subrogación⁴.

Y otra definición más precisa que la de la profesora Quicios Molina es la que nos facilita la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia en la que nos dice que se trata de 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*” SAP Valencia 23 de noviembre de 2011⁵. La precisión que hace esta definición, en comparación con la de la profesora Quicios Molina, es que la madre gestante no tiene por qué aportar su material genético y, además, a la pareja no se le exige que tenga que estar casada.

3.1 Causas

Cuando hablamos de gestación por subrogación pensamos muchas veces que las causas que llevan a los sujetos a recurrir a esta técnica son puramente médicas pero no siempre es así. Por lo general las parejas que acuden a la gestación por subrogación suele ser por causas de infertilidad o porque a la mujer le resulta imposible gestar, o bien puede ocurrir que la madre tenga algún tipo de enfermedad genética y no quiere que el bebé la herede.

A parte de las razones médicas tenemos otras como que hay mujeres que tienen miedo a quedarse embarazadas o, incluso, hay mujeres que directamente no quieren pasar por un embarazo. Otra razón frecuente es que hay parejas homosexuales que también desean tener un bebé o también muchos hombres solteros que desean ser padres, en este caso

⁴ Quicios Molina, M. S. (Enero de 2019). Regulación por el Ordenamiento Español de la gestación por sustitución: Dónde estamos y hasta dónde podemos llegar. *Revista de Derecho Privado*. (103), pp 4-5.

⁵Aranzadi AC 2011\1561.

tenemos ejemplo de algunos famosos como Cristiano Ronaldo, el cual acudió a esta técnica en dos ocasiones, o Miguel Bosé.

Debido a la controversia que ha generado este tema, ya en muchos países exigen que las causas que lleven a las parejas a acudir a esta técnica tienen que ser médicas, ya que en caso contrario no se permitiría acceder a la gestación por subrogación. Incluso en las distintas propuestas que se suelen dar para regular este tema los motivos a los que se alegan son médicos porque no olvidemos que este es un medio para solucionar problemas de infertilidad y no un medio para complacer los caprichos de las clases privilegiadas.

También podríamos incluir dentro de este apartado de causas las razones que llevan a la madre gestante a ser parte en este proceso. La principal razón o causa, que hace que la madre gestante participe en este proceso, suele ser económica, ya que las mujeres que se ofrecen normalmente a ser “*ventre de alquiler*” son mujeres necesitadas que incluso rozan la pobreza, por tanto los comitentes aparte de hacerse cargo de los gastos del embarazo también ofrecen una compensación económica. Esta causa se puede convertir también en un argumento negativo porque las opiniones contrarias a la gestación subrogada entienden que puede haber un aprovechamiento de esa pobreza por la que pasa la futura madre gestante. Por otro lado también puede darse el caso de que la mujer se ofrezca simplemente por ayudar a la pareja a tener un hijo o porque sea familiar de los padres comitentes aunque esto también ha generado diversos debates éticos.

3.2 Modalidades

Para poder diferenciar las distintas modalidades de la gestación por subrogación vamos a tener en cuenta el objetivo de la madre que aporta el vientre y también la composición genética que va a tener el bebé. Además si nos adentramos un poco más también es posible sacar otra clasificación en función del factor monetario o, lo que es lo mismo, la compensación económica. Por tanto vamos a diferenciar, en primer lugar, los dos tipos más comunes:

- Subrogación tradicional: En este caso la madre portadora del bebé va a ser la que va a aportar su propio óvulo mientras que el esperma proviene del padre solicitante o de un donante. Normalmente esta técnica se suele dar mediante inseminación artificial o fecundación in vitro.
- Subrogación gestacional: En el caso de la gestacional tanto el óvulo como el esperma los aporta la pareja que solicita la subrogación y, a diferencia de la

tradicional, la madre gestante no va a tener ningún vínculo genético con el bebé. En este caso a la madre se la suele denominar madre portadora o gestacional y la técnica para producir el embarazo es la fecundación in vitro.

Como he dicho también es posible sacar una clasificación en función de la posible compensación económica que pudiera recibir la madre por el servicio que ha prestado a la pareja solicitante:

- Gestación subrogada altruista: En este caso la mujer que va a quedar embarazada lo hará sin recibir ningún tipo de compensación económica a cambio aunque ello no excluye que los padres biológicos se hagan cargo de los gastos derivados del embarazo que pueden ser tanto médicos como legales.
- Lucrativa: En cuanto a la lucrativa, la madre gestacional acepta quedarse embarazada pero a cambio de una compensación económica y, además, en este caso los padres biológicos también se suelen hacer cargo de los gastos que deriven del embarazo como en el caso anterior.

4. MARCO NORMATIVO

4.1 Ley de Técnica de Reproducción Humana Asistida

La principal norma que vamos a encontrar en España en relación a la gestación por subrogación es la Ley de Técnica de Reproducción Humana Asistida, concretamente el art 10 de dicha norma es el que hace referencia a la ilegalidad de esta técnica de reproducción, cito textualmente:

“1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.

2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.

3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.”

Como se puede comprobar se declara nulo el contrato en el que se negocia la gestación de un bebé por parte de la madre gestante a los padres comitentes sin importar que haya algún tipo de pago o no. Además también establece que la filiación de los hijos nacidos por gestación por sustitución es determinada en el parto. Llama la atención que una Ley

del año 2006 sea tan tradicional en este aspecto, es decir, trata la gestación subrogada de una manera desactualizada cuando por entonces ya era un tema que había que abordar dando unos argumentos basados en una sociedad mucho más moderna. Además al determinar la filiación con el parto lo más probable es que obligues a ser madre a una persona que no tiene ningún interés en serlo y quizás, eso sí que pueda ser un problema aún mayor, debido a las obligaciones que nacen de la filiación y con el peligro que supone no cumplirlas para el recién nacido. El lado bueno, por llamarlo de algún modo, es que este problema se podría evitar si el padre lleva a cabo lo recogido en el tercer apartado. En este apartado se puede ver que no limita la determinación de la filiación únicamente al parto sino que también se tiene en cuenta la genética, es decir, se tiene en cuenta que el padre ha aportado el material genético para que esa gestación sea posible, al permitir a este poder reclamar la paternidad.

La incoherencia que veo es que se permita poder reclamar la paternidad al padre biológico por el hecho de haber aportado su material genético y no ocurra lo mismo en el caso de la madre y, por tanto, se cierre esa filiación únicamente al parto, ya que, en muchas ocasiones tiene más poder la intención de ser madre que la genética. Considero que esta Ley se queda en mitad entre el camino de permitir y no permitir esta técnica de reproducción asistida porque con este artículo en realidad ni se cierra ni se abre la puerta y ello da lugar a mayor confusión y favorece el turismo reproductivo. Lo que pretendo decir es que no es cuestión de estar a favor o en contra sino de que haya una claridad en un tema que conforme vamos avanzando se da cada vez más debido a los problemas de fertilidad y las dificultades que existen en la adopción.

4.2 Código Penal

Como complemento a lo recogido en la LTRH también hacemos una breve referencia al Código Penal, concretamente a los artículos 220 y 221:

“1. La suposición de un parto será castigada con las penas de prisión de seis meses a dos años.

2. La misma pena se impondrá al que ocultare o entregare a terceros un hijo para alterar o modificar su filiación.

3. La sustitución de un niño por otro será castigada con las penas de prisión de uno a cinco años.

4. Los ascendentes, por naturaleza o por adopción, que cometieran los hechos descritos en los tres apartados anteriores podrán ser castigados además con la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad que tuvieren sobre el hijo o descendiente supuesto, ocultado, entregado o sustituido, y, en su caso, sobre el resto de hijos o descendientes por tiempo de cuatro a diez años.

5. Las sustituciones de un niño por otro que se produjeran en centros sanitarios o socio-sanitarios por imprudencia grave de los responsables de su identificación y custodia, serán castigadas con la pena de prisión de seis meses a un año.”

En el primer caso se castiga la suposición de un parto, entregar u ocultar a terceros un hijo para alterar o modificar la filiación y la sustitución de un niño por otro. En el caso del art 221 se castigan todos los actos que impliquen entregar un hijo a otra persona por una cantidad de dinero con la consiguiente elusión de los procedimientos que son legales como pueden ser la guarda, el acogimiento o la adopción y todo ello con el fin de que se exista una relación que sea semejante a la de la filiación. Por tanto, como hemos visto en el apartado anterior, la LTRHA en ningún momento impone ninguna sanción para las conductas que se recogen en el artículo 10 lo que nos lleva a suponer que deja el castigo en manos del Código Penal dado que las conductas que recogen tanto una como otra Ley son bastantes similares incluso podríamos decir que el Código Penal amplía más los supuestos. Se trata de un castigo, a mi parecer, demasiado duro, ya que existe una voluntad por ambas partes de que se cumpla con la sustitución, además como veremos a continuación, se está castigando una conducta que la DGRN va a permitir de una manera indirecta mediante la inscripción.

4.3 Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010

Nació fruto de un conflicto cuando una pareja homosexual española, formada por dos varones, decidió acudir a la gestación subrogada en Estados Unidos, concretamente a California. Después de nacer los bebés, ya que nacieron gemelos, acudieron al Registro Civil Consular en Los Ángeles para llevar a cabo la inscripción. Esa inscripción fue denegada en base al art 10.1 de la LTRHA, que hemos mencionado con anterioridad, en el que recordamos que declara nulo todo contrato que implique pactar la gestación, independientemente de la existencia de un precio, para que finalmente la madre renuncie a la filiación en favor del contratante o de un tercero. Mientras que el segundo apartado de dicho artículo establece que en la gestación subrogada la filiación del recién nacido se

determina en el parto siendo así la mujer gestante la madre legal. Los afectados interpusieron recurso ante la DGRN y se estimó por medio de la Resolución de 18 de febrero de 2009 y finalmente se permitió la inscripción ante el Registro Civil Consular. La DGRN se basó en el artículo 81 del Reglamento del Registro Civil en este artículo se recoge lo siguiente: *“El documento auténtico, sea original o testimonio, sea judicial, administrativo o notarial, es título para inscribir el hecho de que da fe. También lo es el documento auténtico extranjero, con fuerza en España con arreglo a las leyes o a los Tratados Internacionales”* y mediante la interpretación de este artículo la DGRN consideró que ni estábamos ante un contrato en el que se estaba negociando la gestación ni tampoco el problema era la determinación de la filiación sino el acceso al Registro Civil español habiendo presentado un certificado registral extranjero. Además también se alegó que al no estar la gestación subrogada totalmente prohibida en nuestro país eso sería impedir el acceso y por tanto ir en contra del artículo 81 del Reglamento del Registro Civil. Hubo una anulación judicial, por parte del Juzgado de 1ª Instancia nº 15 de Valencia, de la Resolución de la DGRN pero tras ser recurrida, la Audiencia Provincial de Valencia desestimó el recurso. Lo mismo ocurrió con la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valencia que también fue recurrida pero una vez llegó al Tribunal Supremo este resolvió también desestimando dicho recurso.

4.3.1 Objetivos y requisitos

Por tanto con la Instrucción de 5 de octubre de 2010 se acepta la inscripción de los menores nacidos en el extranjero por medio de gestación subrogada. Lo que pretende la DGRN con esta Instrucción es principalmente proteger los derechos del menor y también los derechos de la madre gestante. Se trata de una forma de permitir esta técnica de reproducción asistida, porque como he dicho anteriormente, en nuestro país no es del todo ilegal, pero bajo unas condiciones para así evitar por un lado el tráfico ilegal de niños y por otro la explotación de la mujer en esta materia. Por lo cual para poder llevar a cabo la inscripción del recién nacido es necesario que junto a la solicitud de inscripción se presente la Resolución Judicial por el Tribunal competente en la que se encontrará determinada la filiación. Lo que pretende la DGRN exigiendo este requisito es básicamente una confirmación de que el contrato por el cual se celebró la gestación subrogada es un contrato legal en el país en el que se dieron los hechos, es decir, que haya un consentimiento pleno de la madre y no exista ningún tipo de vicio y que, por supuesto, la madre gestante tenga capacidad tanto jurídica como de obrar. Y por otro lado también

se busca la protección del recién nacido porque como he dicho anteriormente es muy fácil que en estas situaciones se dé el tráfico ilegal de niños. Ese interés del menor que se busca garantizar se lleva a cabo según la Ponencia “Gestación por sustitución: evolución de la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado” de la siguiente manera⁶:

“a) por un lado, en un sentido positivo, facilitando la continuidad transfronteriza de una relación de filiación declarada por Tribunal extranjero, siempre que tal resolución sea reconocida en España; y

b) por otro lado, en sentido negativo, verificando que no existe simulación en el contrato de gestación por sustitución que encubra el tráfico internacional de menores, lo cual tampoco es posible verificar con la mera certificación registral extranjera”.

En segundo lugar, la resolución judicial del país extranjero donde se produce la gestación por subrogación “*deberá ser objeto de exequátur según el procedimiento contemplado en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881*” siempre y cuando no resulte aplicable un Convenio Internacional. Por tanto la Instrucción exige, que para poder llevar a cabo la inscripción en el Registro Civil, se presente la solicitud de la inscripción y, junto con ella, el auto judicial que pone fin al procedimiento exequátur que hemos mencionado con anterioridad.

En tercer lugar, otra directriz que nos da la Instrucción es que el Registro Civil va a controlar la resolución extranjera que se entregue para llevar a cabo la inscripción en caso de que su origen sea de “*un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria*”. Todo ello se hace con la finalidad de examinar la resolución y determinar si puede ser reconocida en nuestro país. Para poder llevar a cabo dicho reconocimiento es necesario:

“a) La regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualesquiera otros documentos que se hubieran presentado.

⁶ Díaz Fraile, J. M. (enero-marzo de 2019). La gestación por sustitución ante el Registro Civil español: Evolución de la Doctrina de la DGRN y de la Jurisprudencia española y europea. *Revista de Derecho Civil*. Vol 6. (1), pp 91-97.

b) Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española.

c) Que se hubiesen garantizado los derechos procesales de las partes, en particular, de la madre gestante.

d) Que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante. En especial, deberá verificar que el consentimiento de esta última se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia y que tiene capacidad natural suficiente.

e) Que la resolución judicial es firme y que los consentimientos prestados son irrevocables, o bien, si estuvieran sujetos a un plazo de revocabilidad conforme a la legislación extranjera aplicable, que éste hubiera transcurrido, sin que quien tenga reconocida facultad de revocación, la hubiera ejercitado.”

Estas dos últimas directrices han sido objeto de crítica por algunos autores. Según Calvo Caravaca y Carrascosa González el error que se comete es la distinción errónea entre reconocimiento y exequátur. Y lo que ocurre es que el exequátur no tendría por qué utilizarse, ya que, los padres comitentes o de intención, que van a ser los interesados en este caso, el objetivo que tienen con la resolución obtenida por el país de nacimiento del bebé es que tenga efecto de cosa juzgada en España y con el exequátur no se llegaría a ello, ya que, este término se emplea para cuando la resolución contenga “*pronunciamientos de ejecución*” y esta resolución no contiene dicho procedimiento. Por tanto los autores mencionados consideran que para este caso sería necesario únicamente el reconocimiento que se puede solicitar ante el encargado del Registro Civil o ante el mismo juez de primera instancia⁷.

Como podemos ver la intención de la DGRN con la Instrucción de 2010 es clara, ya que, la gestación subrogada no se legaliza ellos al menos van a ayudar a los casos que se dan en el extranjero, ¿pero cuál es el problema? El problema es que a pesar de esa buena intención se ha podido ver que la Instrucción tiene alguna laguna e incluso algún error grave o así lo tratan Calvo Caravaca y Carrascosa González. En mi opinión es normal que

⁷ Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J. (28 de enero de 2011). Notas críticas en torno a la instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo de 2011), Vol 3, (1), pp 250-253.

existan esta clase de errores debido a que es fruto de la descoordinación y la falta de unidad entre instituciones y resulta increíble que dependiendo del precepto legal se pueda hacer una cosa u otra, lo que provoca al final es que haya más problemas de los que el caso en concreto requiere.

4.4 Instrucción de la DGRN de 14 de febrero de 2019

En este punto quiero hacer un breve recorrido por la Instrucción de 14 de febrero de 2019 debido a que llamaría bastante la atención que en apenas cuatro días haya dos Instrucciones por parte de la DGRN, pero viendo los antecedentes sobre el tema de la gestación subrogada es menos extraño o es incluso normal tanta incoherencia. Todo esto es un ejemplo de la confusión y descoordinación que existe a día de hoy en nuestro país en materia de gestación por subrogación, y es por ello que quiero tratar unas líneas analizando lo que se llegó a recoger en esta Instrucción.

4.4.1 ¿Por qué una nueva Instrucción?

Se trata de una Instrucción mucho más extensa que la anterior, la de 5 de octubre de 2010, y con ella se buscaba principalmente la adaptación a la evolución normativa que se había dado en nuestro país a lo largo de estos últimos años teniendo en cuenta el caso ocurrido en Italia de Paradiso y Campanelli⁸. Los partidarios de la gestación subrogada como Vela Sánchez nos hace ver esta Instrucción como la coherente, razonable y fundada, ya que, con ella, lo que en realidad se estaba dado, era un gran paso para al menos llegar a la aceptación o, mejor dicho, la flexibilización de la inscripción de los nacidos por gestación subrogada.

4.4.2 Contenido y novedades respecto de la Instrucción de 5 de octubre de 2010

Como he dicho anteriormente se trata de una Instrucción muy extensa respecto a la anterior y también lo va a ser respecto a la posterior. Se van a mantener muchos aspectos de la anterior Instrucción como, por ejemplo, la necesidad de acompañar a la solicitud de inscripción, la resolución por el Tribunal competente del país en el cual se ha dado todo

⁸ Este caso es de los más llamativos en materia de gestación subrogada. Consistió en un conflicto entre el país italiano y una pareja que había acudido a la gestación por subrogación en Rusia. El problema consistió en que una vez el bebé había nacido, los padres quisieron llevar a cabo su inscripción en el Registro Civil italiano pero les fue denegado alegando que la certificación que aportaban era falsa y que no existía ningún vínculo de filiación entre la pareja y el recién nacido. Además también se alegó que ese niño había nacido por la técnica de gestación subrogada la cual en Italia estaba totalmente prohibida, por tanto debido a estos motivos el bebé se puso a disposición de los servicios sociales argumentando un estado de abandono. En un primer momento se condenó a Italia porque los fundamentos que se habían aportado iban en contra del Convenio de Roma pero dos años más tarde esa sentencia sería revocada por la Gran Sala y argumentando que no existía ningún tipo de vulneración del derecho a la vida privada y familiar.

el proceso de gestación subrogada con la finalización del nacimiento del bebé y esa resolución tiene que determinar la filiación al igual que se sigue sin permitir la certificación registral extranjera o una simple declaración acompañada de la certificación médica del nacimiento. La novedad la vamos a encontrar en el caso en que no se disponga de una resolución judicial. Si se da el caso de que en la certificación registral extranjera o en la declaración con el certificado médico consta la información de la madre gestante, se puede llevar a cabo la inscripción haciendo constar la filiación de la madre gestante si se acredita la filiación con el progenitor, es decir, el padre comitente tiene que haber aportado su material genético para que se haya dado el nacimiento del bebé. Por tanto, como dice Vela Sánchez⁹, estaríamos ante un criterio subsidiario con el que se acredita la filiación y mediante ello se habría dado una mayor facilidad a los casos de inscripción de niños nacidos por gestación subrogada dado que en la anterior Instrucción se cerraba la puerta en el momento en el que se llegaba a la simple certificación registral extranjera o declaración con certificado médico.

Para poder acreditar la filiación por la acreditación de la filiación del progenitor español la Instrucción nos da dos opciones: Por un lado esa acreditación se puede llevar a cabo mediante sentencia y por otro también existe la posibilidad de hacer de acuerdo a los criterios que se establecen en el Código Civil. Nos vamos a centrar en el segundo criterio porque era verdaderamente la novedad y es donde podemos encontrar esa flexibilización en la inscripción, apoyada principalmente por los autores que están a favor de esta técnica de reproducción asistida. En opinión de Vela Sánchez se trataba de un criterio perfecto para los casos en que no se podía acceder a una resolución en el país extranjero por problemas económicos, ya que, recuerda el profesor, en los países donde es más económico el convenio de gestación subrogada no se puede obtener la sentencia firme que acredite la filiación.

En cuanto a los medios para demostrar esa filiación paterna que mencionábamos anteriormente la Instrucción recoge lo siguiente: “2. *En particular, en todos los supuestos de reconocimiento de la filiación paterna de un niño/a nacido mediante técnicas de gestación por sustitución, con arreglo al principio de veracidad biológica, y a fin de garantizar al nacido/a su derecho al conocimiento de la sus orígenes e identidad*

⁹ Vela Sánchez, A.J. (10 de julio de 2019). Análisis estupefacto de la Instrucción de la DGRN de 18 de febrero de 2019, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por subrogación. *Diario La Ley*. (9453), *Sección Doctrina*, pp. 5-7.

biológica y de prevenir todo supuesto de tráfico internacional de menores, conforme al principio constitucional y europeo de plena protección del menor, principio de orden público e inderogable, dicho reconocimiento deberá completarse mediante otros medios de prueba suficientes, a juicio del encargado del Registro Civil, para acreditar de forma indubitada la realidad de esa filiación paterna. Para ello, el medio preferente, por su sencillez, aunque no exclusivo, podrá ser la correspondiente prueba de ADN, que se habrá de realizar y acreditar con plenas garantías médicas y jurídicas, principalmente en materia de aseguramiento de la cadena de custodia, reconocimiento del centro que practique los análisis. A tal efecto, los encargados de los respectivos Registros Civiles Consulares deberán atender a los criterios fijados en esta materia por la Dirección General de Españoles en el Exterior y de Asuntos Consulares y Migratorios”. Como podemos comprobar y confirmar la Instrucción nos da un abanico de posibilidades y facilidades para reconocer la filiación paterna que requiere la inscripción decantándose por el ADN pero en ningún momento impone que este tenga que ser necesariamente el medio. Además una vez acreditada la filiación paterna recoge el tercer punto que “Se practicará de forma inmediata la inscripción de nacimiento, haciendo constar la filiación materna resultante del parto y la filiación parte resultante de la sentencia o del reconocimiento”.

La Instrucción también da solución a los casos en que la madre gestante no se haga cargo del menor y para ello se llevaría a cabo la aplicación del artículo 10.3 LTRHA de manera análoga, siempre y cuando la madre comitente hubiera aportado su material genético para que el nacimiento fuese posible. En este caso encontramos argumentos negativos o contrarios a esta Instrucción como el de Muñoz Rodrigo¹⁰. Este autor ve este punto de la Instrucción como algo “*insólito*” debido a que considera que esta solución sería contraria a la normativa relacionada con la filiación y recuerda que “*la madre gestante será siempre la madre biológica*” o lo que es lo mismo la madre que ha dado a luz al bebé. Por tanto, esto significaría que la madre de intención solo podría serlo mediante el procedimiento de adopción.

Yo me uno a la opinión de la posición favorable a esta Instrucción no termino de comprender el por qué llegó a derogarse sin dar la mínima oportunidad. Considero que

¹⁰ Muñoz Rodrigo, G. (junio de 2019). La filiación y la gestación por sustitución: A propósito de las instrucciones de la DGRN de 14 y 18 de febrero de 2019. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*. (10 bis), pp 728-733.

con esta derogación lo único que se hizo, una vez más, fue mirar para otro lado y, por tanto, no abordar el tema de la mejor manera posible o necesaria. Con todo esto se consigue seguir fomentando una ilegalidad porque a pesar de ello las parejas siguen recurriendo a estos medios para poder terminar con el problema de infertilidad.

A mi parecer esta Instrucción fue derogada debido a las presiones sociales que sufrió la Vicepresidenta del Gobierno, Carmen Calvo, y no por los motivos que daba el Gobierno llegando al punto de comparar todo esto con el tráfico ilegal de órganos. La presión social es un instrumento que puede beneficiar, ya que gracias a ello a lo largo de la historia se han conseguido derechos dignos para el ser humano así como unas condiciones de vida mejores, pero en este caso el Gobierno se dejó llevar más por esa presión que por el razonamiento, la coherencia y el conocimiento del Derecho y eso significa que el Gobierno maneja datos, información que las asociaciones contrarias a esta práctica no manejan o no son objetivas a la hora de aportar su opinión. Puedo entender que no se esté de acuerdo con esta Instrucción pero al menos hubiera sido más razonable llevar a cabo un análisis para verificar que efectivamente la DGRN está equivocada y que es inadmisibles lo que se pretendía. Digo esto porque al parecer ni el Gobierno ni el Ministerio de Justicia tenían conocimiento de nada de lo que tuviera que ver con la Instrucción, por tanto, es deducible que en menos de dos días apenas se leyeron el documento con lo cual se sobreentiende que no se le quiso dar ni una oportunidad.

4.5 Instrucción de la DGRN de 18 de febrero de 2019

La Instrucción de 18 de febrero de la DGRN tardó en redactarse apenas 24 horas y llegó para derogar la, anteriormente comentada Instrucción, de 14 de febrero de 2019. Si la anterior Instrucción era extensa, en este caso el documento apenas llega a un folio y se puede comprender dado la rapidez con la que llegó y básicamente confirmaba el retorno a la Instrucción de 5 de octubre de 2010.

4.5.1 Contenido y opiniones respecto a la Instrucción

Comienza esta nueva Instrucción haciendo un alegato condenando totalmente el proceso de la gestación subrogada dejando bastante claro que mediante esta técnica se vulneran tanto los derechos de los menores recién nacidos como los de las madres gestantes y es ello lo que se pretende proteger con este documento. Llama bastante la atención que se tenga que justificar de esta manera la derogación de la Instrucción de 4 días antes. Digo llama la atención porque, según la opinión de Vela Sánchez, la Instrucción estaba muy bien fundamentada y esos derechos, a los que se hace referencia nada más comenzar el

texto, también se encontraban protegidos, ya que, en todo momento se llevaba a cabo un control en el que se exigía el consentimiento expreso de la madre gestante, por tanto, no se aceptaba ningún tipo de resolución en donde existiera rebeldía por parte de esta. Además también se hace referencia a la ilegalidad de las agencias que actúan como intermediarios y al problema que existe, no solo en nuestro país sino en un ámbito internacional, respecto a la gestación subrogada.

Respecto a esta Instrucción he de decir que pone de acuerdo tanto a partidarios de la gestación subrogada como a los que no lo son. Vela Sánchez es especialmente crítico con esta Instrucción, ya que, como he comentado con anterioridad, para él la de 14 de febrero se ajustaba plenamente a lo que era necesario en este momento en nuestro país a falta de regulación de este asunto. Además pone en duda si esta Instrucción es suficiente para hacer frente a esos derechos que se vulneran según las primeras líneas de la misma. El autor vuelve a justificar que la gestación subrogada es el medio más efectivo para acabar con el problema de la infertilidad, además de ser la última oportunidad con la que pueden contar los padres de comitentes para tener a algo semejante a un hijo biológico y para ello vuelve a dejar claro que lo necesario es un marco jurídico que regule esta materia de manera razonable y no *“una tozuda oposición irrazonable e ideologizada al convenio de gestación por sustitución”* en referencia a esta Instrucción.

No es mucho más generoso en cuanto a esta Instrucción Muñoz Rodrigo, ya que, considera que esta Instrucción no mejora nada sino que prácticamente deja las cosas como estaban. Además se llega incluso a plantear si verdaderamente es legal reconocer un contrato de gestación subrogada llevado a cabo en un país extranjero en el que sí está legalizada y con ello se cita el artículo 46.1 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en el que se dice textualmente *“Las resoluciones judiciales extranjeras firmes no se reconocerán: a) Cuando fueran contrarias al orden público”*. En base a este artículo Muñoz Rodrigo llega a la conclusión de que no es posible el reconocimiento de una sentencia extranjera en la que se dé como válido el contrato de gestación subrogada por ir en contra a las normas de nuestro país, independientemente de que en el país donde se dieran los hechos fuera legal.

A pesar de la posición totalmente contraria, que se ha visto en el anterior párrafo, se pueden llegar a soluciones y para ello parece que el ejemplo de Portugal hace coincidir a las distintas opiniones. Parece que nuestro país vecino en esta materia ha hecho medianamente bien los deberes a pesar de los problemas que hay con el Tribunal

Constitucional. La solución es muy sencilla y es permitir la gestación subrogada siempre desde un punto de vista médico, es decir, permitir la utilización de esta técnica siempre y cuando exista algún problema médico, como puede ser que para la mujer sea prácticamente imposible tener hijos o algún otro problema de similares características. Por otro lado que el material genético sea aportado por uno de los dos padres de intención y, por supuesto, que no exista un precio a cambio aunque ello no quita que la pareja comitente se haga cargo de todos los gastos que pueda suponer el embarazo.

Una vez realizado el recorrido por las tres Instrucciones aprobadas por la DGRN se llega a la conclusión de que la intención por avanzar en el tema de la gestación subrogada está ahí, al menos por parte de la DGRN, pero cuando se parece despegar llega el Gobierno de turno y les corta las alas. Como se ha visto, se puede estar a favor o en contra de este tema pero ello no quita que se puedan aportar opiniones e incluso soluciones razonadas porque al fin y al cabo aunque esta técnica pueda tener sus lagunas se puede convertir en un instrumento con el que ayudar a miles de familias que pasen por algún problema de fertilidad o algo parecido. Por tanto, lo que menos ayuda en este caso es querer evitar el tema como ocurrió con la derogación de la Instrucción de 14 de febrero sino que hay que ser un poco más analistas y valorar lo que verdaderamente puede aportar la gestación subrogada, que en mi opinión, pueden ser más cosas positivas que negativas.

5. SUJETOS QUE PARTICIPAN EN EL PROCESO

Los sujetos que van a participar en la gestación subrogada van a ser tres: Padres comitentes o padres de intención, madre gestante y el recién nacido. También podemos añadir a esta lista como partes secundarias a las agencias mediadoras o los abogados especialistas en esta materia. Nosotros en este punto nos vamos a centrar en las tres partes principales e iremos viendo el papel de cada una de ellas así como la afectación que puede tener el proceso sobre ellas.

5.1 Los padres comitentes

Los padres comitentes, o también llamados padres de intención, son una de las partes que componen el proceso y se podría decir que quien lo inicia. Estos sujetos acuden a la gestación subrogada por alguno de los distintos motivos que explicamos en apartados anteriores. La figura de los padres comitentes nos lleva a plantearnos distintas cuestiones como puede ser: el derecho a la reproducción, el derecho a la salud o también preguntarnos si la adopción es un método tan eficaz como para poder prescindir de otros

medios como es este que estamos explicando, el cual parece una alternativa bastante ventajosa.

5.1.1 El derecho a la reproducción

Se trata de un derecho que no aparece regulado en ninguna de nuestras normas del Ordenamiento Jurídico de manera expresa pero sí que se podría encontrar subsumido en otros derechos que sí están recogidos como pueden ser el derecho a la salud, el derecho a la libertad o el derecho a la intimidad. El motivo de esta no referencia por las distintas normativas es que se trata de un derecho planteado recientemente. El nacimiento de este derecho ha sido debido a los nuevos avances médicos relacionados con las nuevas técnicas de reproducción asistida.

Como he comentado, este derecho se podría encontrar subsumido en otros derechos y la primera referencia que hacemos es el derecho a la salud. Cuando se niega o se vulnera el derecho a la reproducción también se estaría negando el derecho a la salud que sí se encuentra reconocido. En primer lugar para saber de manera exacta que es la salud y que conlleva este derecho tenemos que acudir a la definición que nos da la OMS y dice la Organización Mundial de la Salud que salud es “*el estado completo de bienestar físico y social de una persona*” como se puede comprobar no solo hace referencia a la ausencia de enfermedad. Por tanto según este organismo el derecho a la salud conllevaría:

- *“El estado de adaptación al medio biológico y sociocultural.*
- *El estado fisiológico de equilibrio, es decir, la alimentación.*
- *La perspectiva biológica y social, es decir relaciones familiares y hábitos”*

Concreta la OMS en materia de salud reproductiva que este derecho implica “*que las mujeres y los hombres puedan elegir métodos de control de la fertilidad seguros, eficaces, asequibles y aceptables, que las parejas puedan tener acceso a servicios de salud apropiados que permitan a las mujeres tener un seguimiento durante su embarazo y que ofrezcan a las parejas la oportunidad de tener un hijo sano.*”

He querido referenciar todo esto porque la razón principal por la que se acude a la gestación subrogada suele ser los problemas de fertilidad, que de una forma u otra es un problema de salud o una enfermedad, y por tanto, las técnicas de reproducción asistida son la “medicina” para este problema.

Para saber con exactitud si la prohibición de la gestación subrogada vulneraría este derecho habría que realizar un análisis más detallado de esta técnica de reproducción

asistida para comprobar que efectivamente se ajusta a los requisitos que la OMS establece para la salud reproductiva, es decir, se tendría que afirmar que este método es un método seguro, eficaz, asequible y aceptable, cuestiones que al final son las que están generando el debate en todo el mundo en torno a la permisibilidad de este método. Lo que sí está claro es que se trata de un método que ofrece la oportunidad de tener un hijo sano.

Como he comentado anteriormente también se podrían ver implicados en este punto el derecho a la vida, a la intimidad o a la libertad. Podríamos decir que el derecho a la libertad es aquel derecho en el que el individuo actúa de manera autónoma pero respetando otros derechos. Dice Gómez Sánchez¹¹ que en este derecho, los Poderes Públicos tienen por misión la no injerencia en este derecho y además tienen que hacer todo lo necesario para que terceros no perturben el ámbito personal de cada sujeto, por tanto, para restringir este derecho se necesitarían motivos suficientes y muy bien fundamentados. Si aplicamos a este punto la prohibición de la gestación subrogada se podría decir que este derecho se llega a vulnerar, ya que, al fin y al cabo la gestación subrogada es una forma de reproducción que tiene el ser humano la cual tendría que poder elegir libremente y el Estado al hacer el intento de prohibirla se está entrometiendo en ese derecho a la libertad. Digo intentar porque como hemos visto en puntos anteriores no termina de estar del todo prohibida, la única referencia que podemos tener es el artículo 10 de la LTHRA y precisamente no nos da unos argumentos sólidos que hagan restringir el derecho tan importante y fundamental como es el derecho a la libertad.

5.1.2 La adopción

La posición contraria a la gestación subrogada defiende la adopción como el método al que deben recurrir todos aquellos padres que busquen tener un hijo o que les sea imposible de tener por medios naturales o por técnicas de reproducción asistida legales. Recojo de la web de Guías Jurídicas la definición del término adopción para entender un poco mejor la finalidad que se persigue con este método y cuáles son los problemas que plantea. Nos dice que adopción es *“todo acto, en cuanto, que acordada por la autoridad judicial competente, a través de la correspondiente resolución judicial, por el cual se constituye la relación de filiación entre el adoptante y el adoptado.”*

¹¹ Gómez Sánchez, Y. (1988). Algunas reflexiones jurídico- Constitucionales sobre el derecho a la reproducción humana y las nuevas técnicas de reproducción asistida. *Revista de Derecho Público*, (26), pp. 90-92.

Por tanto, en este caso, no estaríamos ante una concepción de hijos biológica sino que se trataría de acoger a un niño o darle una familia a un niño que no la tiene. Lo que ocurre con la adopción es que, como se puede comprobar, el primer objetivo que los padres comitentes buscan no se puede conseguir, es decir, el de tener hijos biológicos. Los padres comitentes precisamente si acuden a la gestación subrogada es porque es el último medio que tienen a su disposición para tener un hijo que lleve su sangre. Está bastante claro que si verdaderamente lo que quisieran es dar una familia a un niño que no la tiene acudirían desde un primer momento a esta vía.

A todo esto debemos añadir también los puntos en contra que tiene la adopción y es que tenemos que recordar que tener éxito en un proceso de adopción no es una tarea nada sencilla así como puede resultar un proceso bastante largo. Eleonora Lamm¹² nos da entre estos, otros motivos por los que se suele acudir a la gestación subrogada, eliminando completamente la idea de la adopción. Entre esos motivos tenemos:

- Como ya he comentado anteriormente, el largo proceso que suele conllevar la adopción de un niño. En el caso de España en 2018 se llegaron a contabilizar hasta 50.000 familias que estaban a la espera de adoptar a un menor.
- En el caso de EEUU, país en el que sí es legal la gestación subrogada, el número de adopciones ha ido descendiendo, quizás si la gestación subrogada se legalizara en nuestro país ayudaría bastante a bajar el número de familias que desean adoptar y que precisamente lo hacen porque la gestación subrogada es muy cara o porque es ilegal. Así también los que verdaderamente quieren darle un lugar y una familia a un niño tendrían más facilidades, no en cuanto a requisitos pero sí en cuanto a plazos.
- Dice Lamm también que no es justo ni moral establecer un doble estándar para las personas que no tienen problemas para concebir y otro para las que sí los tienen: deber moral de adoptar para unos y exclusión del mismo para otros. Es lo que comentaba en el punto anterior la legalización de la gestación subrogada ayudaría también a quien de verdad desea adoptar mientras que en el caso de las familias que no pueden concebir también resultarían beneficiadas.
- Por último nos dice la autora también que la gestación por sustitución permite que al menos un comitente aporte su material genético. Este punto es clave en

¹² Lamm, E. (Julio de 2012). Gestación por sustitución: Realidad y Derecho. *Revista para el análisis del Derecho*. (3), p. 9.

la gestación subrogada, ya que, si los padres comitentes acuden a este medio es precisamente por ello porque pueden aportar su material genético y en algunas ocasiones la madre gestante no tiene nada que ver genéticamente con el recién nacido dado que los genes son exclusivamente de los padres comitentes.

Tras este breve análisis sobre la adopción, yo no la considero una alternativa a la gestación subrogada porque lo que verdaderamente consigue es sobrecargar el número de adopciones consiguiendo impedir que muchas familias que desean adoptar porque lo que buscan es darle un hogar a un niño se queden si esa posibilidad y, por otro lado, se está obligando a adoptar a sujetos que verdaderamente lo que desean es tener un hijo biológico pero dado que no tienen otra posibilidad, debido a la ilegalidad de la gestación subrogada, terminan acudiendo a la adopción.

5.2 El Menor

El menor es el principal objetivo por el que se recurre a la gestación subrogada. En este caso estamos ante la parte débil del proceso y a la que más hay que proteger, ya que, en ocasiones puede resultar perjudicada, ya sea por una regulación insuficiente o por la irresponsabilidad de los padres comitentes, porque hay que recordar que también se han dado casos de abandono por parte de los padres comitentes cuando el menor llega al mundo con algún tipo de problema o, directamente, dejan de estar interesados.

5.2.1 El interés superior del menor

Cuando hablamos de interés superior del menor nos referimos a aquellas acciones dirigidas a que el niño pueda tener un desarrollo vital sano, digno y que no pase ningún tipo de dificultad durante su crecimiento asegurando así una serie de derechos que en caso de vulnerarse se pondría en grave peligro este interés superior.

En principio, con la gestación subrogada, el primer problema que se plantea para el niño es el parental, es decir, se pone en duda que los padres comitentes sean los adecuados para poder cumplir con todas las necesidades que requiere traer un niño al mundo. Las posiciones contrarias a la gestación subrogada fundamentan sus argumentos en la peligrosidad que puede conllevar entregar el niño a una madre que no ha sido la que lo ha gestado y con la que no ha tenido un vínculo mediante el cordón umbilical, es decir

consideran que el vínculo biológico¹³ tiene más fuerza que el que pueda tener la voluntad de tener un hijo de los padres comitentes. Considero que este argumento no tiene un fundamento lo bastante sólido porque si recordamos otra vez el proceso de adopción, nos encontramos con una pareja que acude a adoptar a un menor con el cual no tienen ningún tipo de vínculo genético entonces ¿significa eso que el menor adoptado no va a tener unas condiciones de vida dignas? Obviamente no, porque, precisamente, para eso se llevan a cabo informes, se han de cumplir una serie de requisitos y, además, se lleva a cabo un control sobre los padres adoptivos cada cierto tiempo. En el caso de la gestación subrogada hay que recordar que sí existe vínculo genético entre los padres comitentes y el bebé, o al menos vínculo por parte de un miembro de la pareja, por tanto, si a eso le sumamos el interés de traer un niño al mundo podríamos decir que ese interés puede dar al menor una vida tan digna como la de un niño nacido mediante una técnica tradicional o una técnica legal, ya que, si los padres comitentes no se hubieran planteado tener un niño, este no hubiera nacido. Como he comentado anteriormente puede darse casos en los que los padres comitentes sean unos irresponsables y en un principio deseen al niño pero al enterarse, por ejemplo, de que viene con problemas lo rechacen o inciten a la madre gestante a abortar y es, precisamente, para evitar este tipo de casos por los que es necesario una regulación bien fundamentada.

5.2.2 ¿Puede afectar este proceso al recién nacido?

Otro de los motivos que fundamentan la prohibición de la gestación subrogada es la afectación psicológica que puede tener en el recién nacido este proceso. En este caso, nos hallaríamos ante el posible perjuicio que pudiera suponer la separación del recién nacido de la madre gestante mediante la ruptura del vínculo creado durante la etapa del niño en el vientre de esta. Además, una vez se produce la gestación subrogada, los padres comitentes también se pueden encontrar en el dilema de cómo explicarle al niño el origen de su procedencia, ya que, en caso de no hacerlo se estaría vulnerando el derecho fundamental de conocer sus orígenes.

En cuanto a la primera cuestión parece ser que los niños nacidos mediante gestación subrogada no suelen presentar ningún tipo de anomalía psíquica, es más, el desarrollo que tienen es el mismo que el que puede tener un nacido mediante una vía tradicional¹⁴. En

¹³ Sospedra Fontana, A. (Julio de 2018). La gestación subrogada en España. *Cuestiones de Interés Jurídico*. pp 41-43.

¹⁴ Díaz Pérez, M.A. & Neri-Vidaurri, P. (2015). Aspectos psicológicos en infertilidad y gestación subrogada. *Revista Mexicana de Medicina de la Reproducción*. (2), pp 111-113.

cuanto al vínculo que se puede generar entre el recién nacido con los padres comitentes, según el Informe del Comité de Bioética¹⁵, no habría ningún problema para que se pueda dar un vínculo natural entre el recién nacido y los padres comitentes, ya que, eso irá creciendo con la relación diaria y el contacto íntimo. Otro asunto es que pueda afectar en algo la sustitución de la madre y, en este aspecto, el Comité de Bioética carece de datos que verdaderamente demuestren que al niño le afecta esa sustitución, lo que sí deja claro es que la lactancia fortalece ese vínculo pero nada más.

Como he comentado anteriormente, otro argumento en contra de la gestación subrogada suele ser el incumplimiento del derecho de conocer los orígenes. Obviamente es una situación difícil para los padres debido a que no saben cómo puede reaccionar el niño ni si le afectará gravemente la noticia. No podemos dejar pasar este punto porque aunque pueda parecer algo insignificante, no lo es. El conocimiento de la procedencia puede solucionar un problema como puede ser el de la salud, ya que, si en algún momento el niño requiere de algún tipo de trasplante médico cuando sea adulto le facilitará esa compatibilidad si conoce a quien biológicamente es su familia. Como solución a ello nos dicen Díaz Pérez y Neri- Vidaurri que los terapeutas ven importante incrementar el vínculo entre padres e hijo para afianzar los sentimientos y así conducir a una mayor facilidad a la hora de explicar la verdad. Por lo general al niño no le suele afectar la noticia de la forma en la que fue engendrado, es más, existe un mayor peligro no comunicarle la verdad. Además, según Álvarez Plaza, el Consejo de Bioética de Nuffield recomienda por medio de los profesionales de la reproducción asistida, que se indique a los padres que vayan a tener hijos por algún tipo de técnica de reproducción asistida, ya no solo la gestación subrogada sino cualquier otra, que se revele al niño todo lo relacionado con su nacimiento, con el fin de proteger al niño. Esta recomendación la llevan a cabo mostrando los beneficios que derivan de dicha revelación.

5.3 La madre gestante

La madre gestante es otra de las partes que componen este proceso y, además, la más necesaria. Es la encargada de concebir al niño que los padres comitentes desean tener y, como expliqué en puntos anteriores, puede ser que aporte su material genético o que

¹⁵ Comité de Bioética de España (Mayo de 2017). Aspectos Éticos y Jurídicos de la Maternidad Subrogada. Recuperado de http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.pdf

directamente el niño se forme en su interior pero con el material genético de los padres comitentes.

En esta figura es donde se va a crear el debate sobre la legalización de la gestación subrogada, ya que, las posiciones contrarias fundamentan sus argumentos en la cosificación de la mujer y en la vulneración de sus derechos.

5.3.1 Cosificación de la mujer

Hay que llevar a cabo un análisis para poder apreciar que la gestación subrogada verdaderamente trata a la mujer gestante como un objeto. Si buscamos una definición de cosificación podríamos decir algo como la utilización de una persona por parte de otra para satisfacer algún tipo de interés, viendo así, la persona utilizada, sus derechos limitados. En un primer momento la gestación subrogada podría encajar perfectamente dentro de esta definición, ya que, la madre gestante es utilizada por los padres comitentes para satisfacer esa necesidad de ser padres. Esta cosificación ha generado diversos debates doctrinales, ya que, por un lado, se considera que la mujer en el momento en que acepta concebir al niño sabe en todo momento las condiciones y que tendrá que estar sometida a unos límites impuestos por los padres comitentes y, por otro, están aquellos que ven esas condiciones y esos límites como algo abusivo y que afectan gravemente a los derechos de la persona gestante, además de aprovecharse de la necesidad económica de la mujer.

Si no se lleva a cabo un matiz, las dos posiciones pueden llevar razón, si generalizamos, pero si lo analizamos teniendo en cuenta el país donde ocurra, la visión puede llegar a ser diferente. Es verdad que la gestación subrogada puede llevarnos a todas las consecuencias que nos plantean las distintas posiciones doctrinales pero es, precisamente, para evitar los argumentos negativos para los que se prevé necesario una regulación. Por ejemplo, no es lo mismo recurrir a una mujer gestante en Pakistán que en Estados Unidos. La mujer de Estados Unidos, según Lamm¹⁶, se ofrece como gestante de manera voluntaria, no suele tener problemas económicos y, principalmente, se ofrece para ayudar a los padres comitentes a tener un hijo, además también nos dice que es bastante natural, en este país, que cuando se les da la enhorabuena a la madre gestante por el embarazo da las gracias por ello pero recalca que el bebé no es suyo. Claro, si planteamos esta situación no se aprecia en ningún momento indicios de explotación, ni comercialización, ni cosificación

¹⁶ Lamm, E. (Junio de 2016). Una vez más sobre gestación por sustitución, porque sin marco legal se siguen sumando violaciones a derechos humanos. *Ars Iuris Salmanticensis*. 4, pp 81-85.

sino que la mujer ha decidido prestar ayuda a otras personas que la necesitan sabiendo en todo momento lo que ello conlleva, es decir, tendrá que sacrificarse unos meses por la salud del bebé y es normal que tenga que seguir unas instrucciones para evitar este tipo de problemas, pero estas cuestiones son las normales en un embarazo, es decir, cualquier mujer embarazada de un hijo biológico tendría el mismo sacrificio y no por ello se habla de explotación. Tampoco hablamos de explotación cuando firmamos un contrato de trabajo que nos hace estar sacrificados durante varias horas al día para poder rendir.

Si planteamos esta misma situación en un país como Pakistán que no se ha pronunciado sobre la gestación subrogada, es decir, no es ni legal ni ilegal y que además la calidad de vida de sus habitantes es baja, nos encontramos con una situación en la que sí se podría afirmar la cosificación, explotación de la mujer. Ello se debe a que la voluntad de la mujer se va a ver alterada, no va a ser una voluntad libre. La mujer va a aceptar, en la mayoría de casos, ser gestante porque gracias a ello va a poder solucionar los problemas económicos con los que cuente en ese momento e, incluso, pueden ser víctimas de las distintas mafias que aprovechan esta falta de regulación, por tanto, en este caso sí que podríamos hablar de un aprovechamiento de la vulnerabilidad. Todo estos problemas encontrarían solución en una regulación ya no solo en nuestro país, sino en todos los países poderosos económicamente para evitar que precisamente por esa falta de regulación o ilegalización se recurra a estos países mediante el llamado turismo reproductivo, ya que, al fin y al cabo son los que ofrecen más facilidades y además económicamente suelen ser bastante asequibles.

Finalmente lo que se consigue con la prohibición de la gestación subrogada es que la mujer no pueda decidir libremente sobre su cuerpo y no solo eso sino que además se termina tratándola como una delincuente por llevar a cabo una acción en la que las dos partes están de acuerdo y que con una regulación fundada y trabajada se podría acabar con los problemas que se pudieran ocasionar.

6. LAS AGENCIAS DE GESTACIÓN SUBROGADA EN ESPAÑA

Como ya sabemos la gestación subrogada no está permitida en nuestro país, así nos lo hace saber el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, pero a pesar de ello encontramos negocios, llamados agencias, que se dedican a facilitar o ayudar a las familias a concebir un bebé mediante esta técnica. Una definición genérica sobre este tipo de agencias nos la da San Diego

Fertilily Center¹⁷ “es una empresa donde trabajan uno o varios profesionales que pueden ser médicos, asistentes sociales, psicólogos, coordinadores e incluso organizadores de viajes privados.” Estas agencias trabajan de manera indirecta, lo que quiere decir es que se dedican a asesorar a sus clientes sobre los distintos países en donde pueden llevar a cabo esta técnica o, mejor dicho, los países en donde pueden tener menos problemas para después llevar a cabo la inscripción del bebé en nuestro país. Además de ello estas agencias también pueden organizar el viaje hasta el país que los solicitantes elijan entre los que se pueden encontrar Estados Unidos, Canadá o Ucrania, aunque en el caso de Ucrania fue desaconsejado por la Embajada española debido a la falta de seguridad que se le daba a las parejas en este país.

Respecto a estas agencias existen distintos debates, ya que, si nos paramos a analizarlas se podría decir que se están lucrando con una actividad que no es legal en nuestro país pero estos negocios se defienden alegando que solo se dedican a asesorar a sus clientes y que, por tanto, esa actividad es totalmente lícita. Para concretar más este punto he rescatado una noticia del periódico ABC¹⁸ en la que se hace referencia a la relación del Gobierno con estas agencias y es que el Ministerio de Justicia instó a la Fiscalía a investigar las agencias de gestación subrogada porque, como he mencionado anteriormente, considera que se están lucrando con una actividad que es ilegal en nuestro país. Además el Gobierno también alegó que en los países donde esta práctica es legal existe la posibilidad de que los derechos de las mujeres gestantes se vean vulnerados, además de que en algunos casos se hacen pasar por hijos a niños nacidos sin relación genética alguna con las parejas. Como podemos apreciar además del debate que crea el tema en sí el Gobierno de Pedro Sánchez no tiene ninguna intención, por ahora, de permitir esta técnica y la muestra de ello es que busca “eliminar” todo lo que esté relacionado con la gestación por subrogación.

Continuando con la investigación he de decir que existe un número considerable de agencias de gestación por subrogación, a pesar de que estamos ante una actividad que en España es ilegal. Entre esas agencias tenemos el ejemplo de AEGES, de la cual a continuación hablaré con más detenimiento, y otras como Gestavida, Interfertility,

¹⁷ San Diego Fertility Center se trata de una agencia de fertilidad de San Diego con una gran reputación y uno de los mejores centros de fertilidad en todo el mundo.

¹⁸ Calvo, E (13 de agosto de 2019). Las agencias de gestación subrogada responden a Justicia que el <<el asesoramiento no es ilegal>>. ABC. Recuperado de: https://www.abc.es/sociedad/abci-agencias-gestacion-subrogada-responden-justicia-asesoramiento-no-ilegal-201908130212_noticia.html

Go4baby. A nivel personal me impresiona la facilidad con la que puedes encontrar estas agencias en internet, ya que como hemos visto están constantemente investigadas, y también te dan una gran facilidad a la hora de contactar con ellas, dando todo tipo de detalles como son dirección, teléfono, incluso la propia página de google nos da las reseñas de los clientes que han acudido a estas agencias. He de decir, como curiosidad, que las reseñas y opiniones que encontramos en el caso de Go4baby, a nivel general, son bastante buenas. Respecto a la facilidad, a la que hacía referencia anteriormente, sobre el contacto con estas agencias vía internet tengo que decir que físicamente no las podemos encontrar con tal facilidad y para ello vuelvo a hacer referencia a una noticia del periódico El País¹⁹ en la que nos habla de la apariencia de las agencias de gestación por subrogación. En tal noticia se hace referencia al “*escondite*” de las oficinas de estas agencias, y pongo escondite entre comillas porque utilizan una localización bastante sorprendente como son barrios que se encuentran en pleno centro de Madrid. La actividad de estas agencias se camufla en otro tipo de actividades, como el caso de Gestavida que anuncia que se dedican a la realización de fotocopias, preparación de documentos, en definitiva, actividades de oficina. Por otro lado Go4baby describió su actividad en cuestiones relacionadas con la gestión y administración, servicios educativos, sanitarios, de ocio y entretenimiento.

6.1 AEGES

6.1.1 ¿En qué consiste?

Tras este recorrido, a nivel general, por las agencias de gestación por subrogación vamos a conocer un poco más a fondo AEGES. AEGES son las siglas de Agencia Española de Gestación Subrogada, esta agencia se describe como “*equipo de profesionales organizado con un objetivo: auxiliar a aquellas personas que necesitan la gestación subrogada para ser padres. AEGES trabaja para ofrecer seguridad y confianza.*” Como podemos ver se describen abiertamente y reconociendo que se dedican a facilitar todo lo necesario para que se produzca la gestación por subrogación. Indagando podemos apreciar que se presentan como los “*salvadores*” para las familias que pretenden concebir un hijo mediante esta técnica. Esta agencia trabaja con México y Estados Unidos y así nos lo remarca, pero también nos dan la posibilidad de trabajar con otros países pero en

¹⁹ Franco, L (16 de agosto de 2019). Las agencias de vientres de alquiler se camuflan. El País. Recuperado de https://elpais.com/ccaa/2019/08/14/madrid/1565798098_838477.html

ese caso se “*lavan las manos*” en el supuesto de que algo salga mal, es decir, que solo nos ofrecen seguridad si se decide recurrir para ello a los países anteriormente mencionados.

6.1.2 ¿Cómo trabaja?

A nivel general las agencias de gestación por subrogación suelen trabajar de manera bastante similar, es decir, suelen llevar a cabo un seguimiento del proceso, asesoran legalmente e, incluso, facilitan la inscripción del recién nacido en nuestro país. En el caso de AEGES nos ofrece un programa estándar, que ya de por sí tiene un coste de alrededor de 45.000€, en el que se recoge lo básico para poder llevar a cabo la técnica, es decir, la mujer que va a llevar a cabo la gestación, abogados para una obtención fácil de la sentencia en la que se recoja la filiación del recién nacido así como la clínica en donde se lleva a cabo el proceso.

Como he dicho el programa mencionado anteriormente es el básico pero también nos encontramos con otros complementarios en los que ya se intuye que el precio será mucho mayor, ya que, ofrece “*lujos*” para los padres solicitantes, como puede ser que los padres sean acompañados por un miembro español al país al que se recurra, apartamento para los días de estancia, chófer privado, auxilio para los padres en cuidados del recién nacido en sus primeros días, además de un letrado español para que lleve a cabo las gestiones necesarias ante el consulado español.

Como podemos ver la agencia procura no dejar cabos sueltos a la hora de llevar a cabo este proceso, incluso ofrece una serie de lujos que no deberían ser lujos porque prácticamente todo puede resultar necesario. Al margen de la legalidad de todo ello estamos ante un recurso al que solo pueden acceder familias con una cantidad de dinero importante, a pesar de las supuestas facilidades que puede dar la agencia, ya que, como he mencionado anteriormente el programa básico ya oscila entre los 45.000€. A pesar de que nos lo quieran vender como una salvación para las familias que no pueden tener hijos, no deja de ser un negocio y con el que se aprovechan bastante, dado que las cantidades de dinero son abrumadoras.

7. CASO “BABY GAMMY”

La gestación por subrogación, a día de hoy, está generando más problemas que beneficios, ya sea por la regulación de los países en que se permite, por no existir una regulación conjunta entre todos los Estados de un mismo continente al menos o, incluso, por no

prohibirlo en todos los Estados. Un ejemplo de ello es el caso que voy a exponer conocido popularmente como “baby Gammy²⁰”.

Se trata de un caso de gestación por subrogación en el que una pareja australiana acude a Tailandia buscando a una mujer la cual pudiera tener el hijo que ellos no podían tener. La situación hasta el momento es normal e incluso mejor aún para los padres comitentes, ya que, la madre gestante esperaba gemelos y gracias a ello la pareja estaba dispuesta a ofrecer el doble de dinero a la madre gestante. Antes de continuar con la historia expondré brevemente la situación de la madre gestante. Se trataba de una mujer de 21 años que tenía dos hijos y estaba casada y se ofreció para este proceso debido a que eran una pareja sin recursos y la cantidad que le ofrecían los padres comitentes, unos 10.000€, era vista como una salida para sus deudas y la educación de sus hijos. Continuando con la historia llegamos al problema por el que este caso saltó a la fama y es que de los dos niños que venían en camino uno de ellos tenía problemas, concretamente Síndrome de Down y problemas fisiológicos. Los padres comitentes, en este caso, no querían ningún tipo de problemas y le pidieron a la madre gestante que abortara, debido a sus creencias religiosas la madre gestante se negó a hacerlo. Llegado el día del parto los padres comitentes por medio de la representante de la agencia se llevaron al bebé sano y el bebé que venía con problemas lo dejaron con la madre gestante. A pesar de no contar con recursos suficientes para hacer frente a esta situación la madre gestante se ofreció para cuidar del bebé y luchar por sacarlo adelante. Todo ello le resultó más fácil porque esta noticia saltó a la fama y conmocionó a millones de personas y gracias a ello la madre gestante recibió miles de euros y ayudas de ONGs.

El problema que existía en Tailandia cuando ocurrió este caso es que no existía regulación en cuanto a la gestación por subrogación y las agencias aprovechaban esa falta de regulación para que las parejas que solicitaran la gestación por subrogación acudieran a este país. A partir de 2015 se puso remedio a este problema mediante la Ley de Gestación Subrogada de 2015 y de esta Ley destacamos los requisitos necesarios para poder acudir a la gestación por subrogación como son:

- Solo pueden acudir a ella parejas heterosexuales y casados, mínimo 3 años.

²⁰ Pareja australiana abandona bebé con síndrome de Down de madre subrogada. (2 de agosto de 2014). BBC. Recuperado de https://www.bbc.com/mundo/ultimas_noticias/2014/08/140802_ultnot_australia_bebe_down_wbm Domingo. F. (2 de agosto de 2014). Abandonado por ser un niño Down. El Mundo. Recuperado de <https://www.elmundo.es/internacional/2014/08/02/53dd0a8f268e3e7e638b4573.html>

- Deben contar con nacionalidad tailandesa al menos uno de los cónyuges.
- El matrimonio también tiene que demostrar que no tiene capacidad para gestar.
- En cuanto a la gestante se permite que sea un familiar aunque no cercana a los padres comitentes y en el caso de que sea una desconocida lo tiene que hacer de manera voluntaria.
- Y por último tampoco se permite poner precio a este proceso, no se permite comercializar y, por tanto, tiene que ser altruista.

Parece ser que uno de los motivos que hizo impulsar esta Ley son casos como el comentado anteriormente y eso ya es un avance pero además en la regulación hay que hacer especial hincapié en los conflictos que puedan existir en caso de que el bebé venga con algún tipo de problema porque los padres comitentes siguen contando con la facilidad de abandonar cuando las circunstancias no son las favorables.

8. CONCLUSIÓN

PRIMERO.- Para concluir, he de decir, que este debate no parece que vaya a cesar en un tiempo próximo. Como dije al principio la única propuesta firme de regulación de gestación subrogada con la que nos encontramos es con la del partido “Ciudadanos” y se quedó en nada. Considero que es una cuestión que con el paso del tiempo va adquiriendo mayor importancia debido a que el número de familias que recurren a esta vía es cada vez mayor, supongo que algún día se dejará de mirar para otro lado y se tratará el tema con la seriedad que merece y para ello creo que es necesario que las nuevas generaciones vayamos tomando nota.

SEGUNDO.- Si tengo que sacar una conclusión del trato que recibe la gestación subrogada en nuestro país considero que es un mal trato. Como he dicho a lo largo del proyecto existen una serie de incoherencias que en vez de dar lugar a soluciones lo que están haciendo es fomentar todo aquello que se pretende evitar con la gestación subrogada, es decir, se pretende evitar la explotación, cosificación y aprovechamiento de la mujer y con esta regulación tan pésima lo que se está provocando es que las familias, mediante las agencias, acudan a países donde la mujer es tratada como un objeto pero los precios son asequibles, ya que, un ciudadano medio no dispone del dinero necesario para acudir a países como Estados Unidos, por tanto, lo normal es acudir a países como Ucrania en el que posiblemente nos podamos encontrar con todo lo negativo de la gestación subrogada y, además, con la advertencia del Gobierno español de no acudir allí

por la falta de seguridad que existe en aquel territorio. Lo mismo ocurre con el recién nacido, se pretende evitar que sea tratado como mercancía y se está consiguiendo todo lo contrario.

TERCERO.- Pienso que este tema no conviene tratarlo por algún motivo, no sé cuál, ya que, me cuesta entender que se trate solamente de un motivo cultural, ético o de dignidad, ya no digo que tenga que ser legal sino que aunque no se autorice se haga de una manera sólida y fundamentada. Considero que, en nuestro país, con un artículo recogido en la LTRHA, un castigo en el Código Penal a la altura de un criminal, la DGRN, mientras, yendo por otro lado y el Gobierno de turno derogando todo lo que no le conviene, como hemos visto con la Instrucción de la DGRN de 14 de febrero de 2019, tenemos como resultado una descoordinación en la que se prohíbe mal porque al final de una manera u otra los padres logran su objetivo. En definitiva, más que la legalidad lo que es necesario, en este caso, es una coordinación y un trato justo, fundamentado y, al menos, debatido.

9. BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez Plaza, C. (2014). La diversidad familiar y la divulgación de los orígenes genéticos a los niños nacidos a partir de donantes y/o gestación subrogada. *IM-Pertinente*, 2. (1), pp 17-43.
- Andreu Martínez, M. B. (Junio de 2019). Una nueva vuelta de tuerca en la inscripción de menores nacidos mediante gestación subrogada en el extranjero: La Instrucción de la DGRN de 18 de febrero de 2019. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*. (10), pp 64-85.
- Arnott, I. (2017, 29 de marzo). Los mal llamados vientres de alquiler. *Vlex*. Recuperado de <http://www.vlex.es>
- Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre 2011 (Aranzadi AC 2011\1561).
- Bascuñana Garde, M. (2018). Gestación subrogada: Aspectos emocionales y psicológicos en la mujer gestante. *Revista Internacional de Ética Aplicadas*. (28), pp 41-49.
- Bayona Sorinas, A. (2018). La Maternidad Subrogada. (Trabajo de final de grado). Universidad de Lleida, España.
- Brown Sorinas, A. (2015). Gestación por sustitución ¿es necesaria su legalización en España? (Trabajo de fin de grado). Universidad Pública de Navarra, Pamplona, España.
- Calvo Caravaca, A.L. & Carrascosa González, J. (28 de enero de 2011). Notas críticas a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010 sobre Régimen Registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo de 2011), Vol 3, (1), pp 247-262.
- Calvo, E. (13 de agosto de 2019). Las agencias de gestación subrogada responden a Justicia que <<el asesoramiento no es ilegal>>. *ABC*. Recuperado de https://www.abc.es/sociedad/abci-agencias-gestacion-subrogada-responden-justicia-asesoramiento-no-ilegal-201908130212_noticia.html
- Comité de Bioética de España (Mayo de 2017). Aspectos Éticos y Jurídicos de la Maternidad Subrogada. Recuperado de http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetic_a_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.pdf

- Crespo Lorenzo, E. (2019, 9 de mayo). Gestación Subrogada: Enfoque legal y estado actual en España. *Noticias Jurídicas*. Recuperado de <http://www.noticias.juridicas.com>
- Díaz Fraile, J. M. (Enero-Marzo de 2019). La gestación por sustitución: Evolución de la Doctrina de la DGRN y de la Jurisprudencia española y europea. *Revista de Derecho Civil*. Vol 6. (1), pp 54-131.
- Díaz Pérez, M.A & Neri-Vidaurre, P. (Octubre de 2015). Aspectos psicológicos en infertilidad y gestación subrogada. *Revista Mexicana de Medicina de la Reproducción*, (2), pp 101-129.
- Domingo, F. (2 de agosto de 2014). Abandonado por ser un niño Down. *El Mundo*. Recuperado de <https://www.elmundo.es/internacional/2014/08/02/53dd0a8f268e3e7e638b4573.html>
- Farnós- Amorós, E. (2017). Paradiso y Campanelli c. Italia (II): Los casos difíciles crean mal derecho (i). *Bioética y Derecho*. (40), pp 232-242.
- Franco, L. (16 de agosto de 2019). Las agencias de vientres de alquiler se camuflan. *El País*. Recuperado de https://elpais.com/ccaa/2019/08/14/madrid/1565798098_838477.html
- Garibo Peyró, A. P. (2017). El interés superior del menor en los supuestos de maternidad subrogada. *Cuadernos de Bioética*. (XXVIII), pp 245-259.
- Gómez Sánchez, Y. (1988). Algunas reflexiones Jurídico- Constitucionales sobre el derecho a la reproducción humana y las nuevas técnicas de reproducción asistida. *Revista de Derecho Público*. (26), pp 85-114.
- González Pineda, B. (2015). Maternidad Subrogada: Realidad actual, problemas y posibles soluciones (Trabajo de fin de grado). Universidad Miguel Hernández, Elche, Alicante, España.
- Hernanz Pérez, E. M. (2017). Gestación por sustitución. Comparación legislativa y propuesta para el Estado español. (Trabajo de fin de grado). Universidad Pontificia Comillas, Madrid, España.
- Instrucción 14 de febrero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre actualización del Régimen Registral de la filiación de nacidos mediante gestación por sustitución.

- Lamm, E. (Julio de 2012). Gestación por sustitución: Realidad y Derecho. *Revista para el análisis del Derecho*. (3), pp 1-49.
- Lamm, E. (Junio de 2016). Una vez más sobre gestación por sustitución, porque sin marco legal se siguen sumando violaciones a derechos humanos. *Ars Iuris Salmanticensis*. 4, pp 61-107.
- Ley 14/2006, de 26 de mayo, Sobre técnicas de Reproducción Humana Asistida. Boletín Oficial del Estado, 27 de mayo de 2006, núm. 126.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado, 24 de noviembre de 1995, núm. 281.
- López Guzmán, J. & Aparisi Miralles, A. (2012). Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada. *Asociación Española de Bioética y Ética Médica*. (XXIII), pp 253-267.
- Marrades Puig, A. (2017). La gestación subrogada en el marco de la Constitución Española: Una cuestión de derechos. *Estudios de Deusto*. Vol 65. (1), pp 219-241.
- Muñoz Rodrigo, G. (Junio de 2019). La filiación y la gestación por sustitución: A propósito de las Instrucciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 y 18 de febrero de 2019. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*. (10 bis), pp 722-735.
- Notrica, F. (2018). Los débiles argumentos contrarios a la gestación por sustitución. *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional de la Plata*. (48), pp 246-265.
- Pareja australiana abandona bebé con síndrome de Down de madre subrogada. (2 de agosto de 2014). *BBC*. Recuperado de https://www.bbc.com/mundo/ultimas_noticias/2014/08/140802_ultnot_australia_bebe_down_wbm
- Quicios Molina, M. S. (Enero de 2019). Regulación por el Ordenamiento Español de la gestación por sustitución: Dónde estamos y hasta dónde podemos llegar. *Revista de Derecho Privado*. (103), pp 3-46.
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Gaceta de Madrid, 25 de julio de 1889, núm. 206.
- Sospedra Fontana, A. (Julio de 2018). La gestación subrogada en España. *Cuestiones de interés jurídico*. pp 2-48.

- Valero Heredia, A. (2019). La maternidad subrogada un asunto de derechos fundamentales. *Teoría y realidad constitucional*. (43), pp 422-440.
- Vela Sánchez, A. J. (Julio de 2019). Análisis estupefacto de la Instrucción de la DGRN de 18 de febrero de 2019, sobre actualización del Régimen Registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. *Diario La Ley*. (9453), pp 1-13.
- Vela Sánchez, A. J. (Octubre de 2017). Crimen en el bar. *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*. (16), pp 1-20.