

**¿RESULTA OPORTUNO DAR  
UN TRATAMIENTO JURÍDICO  
A LA GESTACIÓN SUBROGADA  
EN NUESTRO PAÍS?**

FRANCISCO JAVIER MATIA PORTILLA

## SUMARIO

1. INTENCIONES. 2. EL DEBATE SOCIAL Y POLÍTICO SOBRE LA GESTACIÓN SUBROGADA. 3. LA GESTACIÓN SUBROGADA EN FRANCIA. 4. ¿Y QUÉ HA PASADO EN ESPAÑA EN RELACIÓN CON LA GESTACIÓN SUBROGADA? 5. RESULTA OPORTUNO DAR UN TRATAMIENTO JURÍDICO A LA GESTACIÓN SUBROGADA. 6. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

# ¿RESULTA OPORTUNO DAR UN TRATAMIENTO JURÍDICO A LA GESTACIÓN SUBROGADA EN NUESTRO PAÍS?

FRANCISCO JAVIER MATIA PORTILLA

Catedrático de Derecho Constitucional  
Universidad de Valladolid<sup>1</sup>

## 1. INTENCIONES

En ocasiones el Derecho nos depara problemas estructurales en lo que atañe a su aplicación práctica. Uno de los temas más interesantes es analizar la vigencia social de las normas jurídicas y los efectos que aquélla presenta en el campo jurídico<sup>2</sup>. Y un buen ejemplo de esta dilemática es la teoría y práctica relacionada con la gestación subrogada<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Departamento de Derecho Constitucional. Facultad de Derecho. Universidad de Valladolid. Pl. de la Universidad s/n. 47002 Valladolid. Email: javierfacultad@gmail.com. Este trabajo se inscribe en el marco del Proyecto de investigación DER2016-75993-P, España ante Europa: retos nacionales en materia de derechos humanos (30/12-2016-29/12/2020), concedido por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad y la Agencia Estatal de Investigación.

<sup>2</sup> Esta cuestión no es novedosa en la doctrina, sino que es tratada extensamente por Hans Kelsen, para quien la eficacia del Derecho tiene que ver con la adecuación práctica de los comportamientos sociales a la norma: «Para que un orden jurídico nacional sea válido es necesario que sea eficaz, es decir, que los hechos sean, en cierta medida, conformes a este orden» (*Teoría pura del Derecho*. 4.ª ed. Eudeba. Buenos Aires, 2009, p. 115). Sobre la idea de eficacia en el pensamiento de Kelsen pueden consultarse, entre otros muchos, CALVO SOLER, Raúl: «La ineficacia de las normas jurídicas en la teoría pura del Derecho». *Isnomía* 27 (2007), pp. 171 ss. y CORREAS, Óscar: «Kelsen y Gramsci o de la eficacia como signo de hegemonía». *Crítica Jurídica* 10 (1992), pp. 37 ss.

<sup>3</sup> Hemos optado por emplear esta denominación, aunque hay otras muchas como son maternidad subrogada o vientres de alquiler. Es obvio que este último nombre revela ya un posicionamiento negativo acerca del fenómeno. Con carácter general, un buen resumen de los avatares de esta técnica de reproducción ha sido realizado por Antonio José VELA SÁNCHEZ (en *Gestación por encargo: tratamiento judicial y soluciones prácticas: la cuestión jurídica de las madres de alquiler*. Reus. Barcelona, 2015) y María del Rosario DÍAZ ROMERO (en *Autonomía de la voluntad y contrato de gestión subrogada. Efectos Jurídicos*. Aranzadi. Cizur Menor, 2018).

Desde un punto de vista estrictamente jurídico conviene recordar que «será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero»<sup>4</sup>. Más aún, el ordenamiento jurídico español tipifica como delito diversas actuaciones que guardan una evidente conexión con la gestación subrogada, como son las de ocultar o entregar «a terceros un hijo para alterar o modificar su filiación» (artículo 220.2 del Código Penal, CP en adelante) o, mediando compensación económica, entregar «a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concorra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación» (artículo 221.1 CP), y ello con independencia de que la entrega del bebe se produzca en el extranjero (artículo 221.2 CP).

Partiendo de estas premisas normativas, ¿cómo es posible que en nuestro país sea muy superior el número de niños habidos por gestación subrogada, que es una técnica prohibida, al de los adoptados<sup>5</sup>? ¿Cómo resulta posible que el recurso prioritario para que los padres comitentes vean cumplidos sus deseos de ser padres sea recurrir a una técnica prohibida por el Derecho español y que puede originar, además, una condena penal?

Resulta evidente que existe un divorcio entre la regulación normativa del fenómeno y la realidad social. Divorcio que acredita que existe un profundo debate social y político sobre la gestación subrogada que lleva a posiciones extremas. Mientras que algunos defienden que el fenómeno debe ser erradicado de nuestras sociedades, otros patrocinan una regulación que no impida que el o los padres (en sentido amplio) comitentes puedan llegar a acuerdos con mujeres que puedan ayudarles a formar la

---

<sup>4</sup> Artículo 10.1 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA, en adelante). El siguiente apartado del mismo artículo dispone que «La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto», y se deja abierta la posibilidad, en el tercero y último, «la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales».

<sup>5</sup> Aunque sea imposible arrojar datos exactos, de los datos aportados por distintas fuentes (todas ellas recogidas en el Informe final elaborado por Emakunde en febrero de 2018 *¿Gestación subrogada o vientres de alquiler?* (disponible en <http://emakunde.blog.euskadi.eus/wp-content/uploads/2018/07/INFORMECOMPLETO21042018.pdf>), podemos concluir que están en torno al millar de niños por año, frente a las adopciones internacionales, que se encuentran en claro declive (1191 en 2013, 824 en 2014, 799 en 2015, 567 en 2016 y 531 en 2017) (Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social: *Estadísticas de adopción internacional Años 2013-2017*, p. 2, disponible en <https://www.mschs.gob.es/ssi/familiasInfancia/Infancia/adopciones/2017ESTADISTICAdatos20132017.pdf>). Es probable que el éxito de la gestación subrogada en relación con la adopción internacional se explique por diversas razones, algunas más confesables (los amplios plazos para la adopción internacional, los límites de edad para adoptar) que otras (la posibilidad de contar con el descendiente desde el primer momento). En todo caso, Anna María MORERO BELTRÁN señala que las cifras aportadas deben tomarse con prudencia, ya que no hay un registro nacional específico [en «Características de las familias creadas por gestación subrogada en el Estado español». *Papeles del CEIC 2* (2018), disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6550963.pdf>]. Todos los hipervínculos citados en el presente trabajo se encontraban activos el 31/12/2018, fecha de su finalización.

familia que, por si mismos, no pueden lograr. Realizaremos un somero resumen de este debate social y político en el primer epígrafe del presente estudio.

En todo caso, interesa más en un estudio jurídico tratar de explicitar como esa prohibición legal convive con otras normas (en sentido amplio) que han permitido que, en la práctica, el fenómeno de la gestación subrogada se produzca hoy de una forma mucho más habitual. Centraremos nuestra mirada, de forma instrumental, en el segundo apartado, en el Estado francés, ya que sus instituciones han sido contundentes en contra de la gestación subrogada. Veremos cómo, sin embargo, sus posiciones iniciales se han ido atemperando de forma progresiva.

En el tercer apartado del presente estudio traeremos a colación, en particular, la creación de normas y jurisprudencia, estatal y europea, que ha facilitado en la práctica la gestación subrogada en nuestro país, complementando así la restrictiva visión inicial que ofrecemos en esta introducción.

Finalmente, ofreceremos nuestra opinión sobre si debe regularse (y, en su caso, cómo) la gestación subrogada en nuestro país. Conviene adelantar ya que, aunque nuestra posición esté influenciada por algunas de las consideraciones que se realicen en los primeros apartados del presente estudio, somos conscientes de que no expresa más que una valoración personal y, por tanto, sometida al mejor criterio del lector. Nos parece que la simple expresión de una fundamentación razonada acerca de esta cuestión resulta útil porque ayudará a situar los argumentos de debate.

Una última observación hemos de realizar antes de entrar en materia. Este trabajo atañe a los derechos LGTBI porque estamos ante un tema de interés para parejas formadas por personas del mismo sexo (y, en este caso, especialmente para las gays). Pero es evidente que esta problemática tema es también de interés para otros muchas personas, como son las parejas heterosexuales o de lesbianas<sup>6</sup> que no pueden tener descendencias o las personas individualmente consideradas.

---

<sup>6</sup> Conviene recordar que, sin embargo, el Gobierno español ha desconocido manifiestamente el artículo 6.1 LTRHA, que dispone que «Toda mujer mayor de 18 años y con plena capacidad de obrar podrá ser receptora o usuaria de las técnicas [de reproducción asistida] reguladas en esta Ley», «con independencia de su estado civil y orientación sexual». En efecto, la Orden SSI/2065/2014, de 31 de octubre, por la que se modifican los anexos I, II y III del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización, vincula la prestación de estas técnicas con la imposibilidad de conseguir la gestación por medios naturales (lo que resulta imposible para una pareja de lesbianas) o para evitar enfermedades o trastornos genéticos (que no es el caso). No resulta de extrañar que la Sentencia del Juzgado de lo Social 18 de Madrid de 15 de septiembre de 2015 condene a la Fundación Díaz de Madrid por haber interrumpido el tratamiento a una pareja de lesbianas, y no haber aplicado la Ley y no haber interpretado la norma reglamentaria de acuerdo con la Ley, de rango superior (FD 6) (ver [https://www.eldiario.es/sociedad/Gobierno-exclusion-lesbianas-reproduccion-asistida\\_0\\_438506504.html](https://www.eldiario.es/sociedad/Gobierno-exclusion-lesbianas-reproduccion-asistida_0_438506504.html) y las noticias vinculadas a ella). En todo caso, Sanidad ha anunciado recientemente que modificará la (manifiestamente ilegal) Orden para dar acceso a las técnicas de reproducción asistida a las mujeres individualmente consideradas y a las parejas de lesbianas (<https://www.actasanitaria.com/sanidad-incluire-de-nuevo-el-acceso-a-reproduccion-asistida-de-mujeres-solas-y-lesbianas/>).

## 2. EL DEBATE SOCIAL Y POLÍTICO SOBRE LA GESTACIÓN SUBROGADA

Las posiciones sociales en el tema que nos ocupan son, en la mayor parte de los casos, inconciliables. Mientras que para algunos la gestación subrogada es una técnica machista e incompatible con la dignidad de la mujer, para otros se trata de un mecanismo legítimo de integración de intereses (en sentido amplio, como luego se indicará).

Comencemos por los abolicionistas. Un buen resumen de esta posición se recoge en el reciente Comunicado Internacional para la prohibición global del alquiler de vientres lanzado por la *Red Estatal Contra el Alquiler de Vientres*<sup>7</sup>. Los argumentos empleados son, de forma muy resumida, los siguientes:

- Vulnera la dignidad y diversos derechos de la mujer (integridad física y psicológica y derecho a la filiación). Se suele afirmar, en esta dirección, que la gestación subrogada cosifica a la mujer.
- Además de convertir a los recién nacidos en objeto de transacción contractual y comercial, vulnera también su derecho a conocer su origen.
- No existe, en puridad, la subrogación altruista (ya que exige, en todo caso, la firma de un contrato, la renuncia de derechos fundamentales y compensaciones económicas).
- Se acusa a la industria del alquiler de vientres de actuar con las mismas tácticas que las redes de tráfico y trata de seres humanos, sirviéndose de mujeres en situación de vulnerabilidad, y de presionar a los Gobiernos de todo el mundo para la legalización de la gestación subrogada. Esta última acusación se extiende a la ONU y dos de sus Agencias (Fondo de Población de Naciones Unidas, UNFPA y el Alto Comisionado para los Derechos Humanos, OHCHR).
- Se acusa la debilidad del Estado de Derecho en los Estados en los que se utiliza esta técnica.
- Se recuerda que los Estados ni pueden ni deben permitir el traslado internacional de los niños y niñas nacidos/as a través del alquiler de vientres ni su registro o inscripción ya que con ello alientan un fraude de sus propias leyes y avalan una práctica que conculca los derechos humanos de menores y mujeres

Estamos, se dirá ante una nueva modalidad del tráfico de mujeres y de menores. Y se glosarán más efectos perjudiciales, de todo tipo, para la mujer y para el bebé<sup>8</sup>. Y

---

<sup>7</sup> Comunicado que puede ser consultado en <http://www.noalquilesvientres.com/1066-2/#1536935530840-5c380b79-f675>. No deja de ser llamativo que la página web se denomine «noalquilesvientres.com», porque no deja de evidenciar el divorcio existente entre el Derecho español y la realidad.

<sup>8</sup> Ver, entre otros, OLZA, Ibone: «Las secuelas psicológicas para el bebé en la gestación subrogada», disponible en [https://www.mentesana.es/psicologia/bijos/secuelas-psicologicas-bebe-gestacion-subrogada\\_1145](https://www.mentesana.es/psicologia/bijos/secuelas-psicologicas-bebe-gestacion-subrogada_1145).

se utilizarán expresiones que subrayan la profunda abyección que la gestación subrogada comporta: vientre de alquiler, alquiler de mujeres, la gestante concebida como horno o incubadora, etc.

Algunos argumentos adicionales se utilizan en el manifiesto contenido en la página web <http://nosomosvasijas.eu/>, como son los siguientes:

- La elección de la mujer no se limita al momento inicial de gestación, sino que también debe poder alterar, modificar o variar el objeto de sus preferencias. En la gestación subrogada el ejercicio de tales derechos supone un incumplimiento de contrato.
- La maternidad subrogada implica el control sexual de la mujer y no puede concebirse como técnica de reproducción humana asistida, sino como una violencia obstétrica extrema, que subraya la desigualdad estructural de la mujer.

Hay también, claro, defensores de la gestación subrogada. Así, por ejemplo, desde la *Asociación por la Gestación Subrogada en España*, las mujeres con capacidad de gestar y de decidir hacerlo, han pretendido responder a las críticas recogidas en el último manifiesto al que se ha hecho referencia a través de un comunicado<sup>9</sup>, con los siguientes argumentos:

- Subrayan la importancia, para muchas personas, de poder formar una familia con hijos e hijas y critican que insulten a las mujeres gestantes a las que aquellas les están muy agradecidas.
- Reivindican la libertad de la mujer («la mujer decide, la sociedad respeta»; «nosotras parimos, nosotras decidimos»), y sostienen que los abolicionistas quieren impedir a las mujeres decidir y parir.
- Defienden, en resumen, que la gestación subrogada es una técnica de reproducción asistida que, bien regulada, sólo trae felicidad a quienes la viven en primera persona que, por otra parte, son los únicos interesados.
- La regulación de la gestación subrogada en EEUU, Canadá o el Reino Unido, garantiza al máximo los derechos de todas las personas que intervienen en él y, muy especialmente, los de las mujeres que se ofrecen como gestantes.
- Afirman que existen estudios en estos países que demuestran que no hay daños psicológicos para las gestantes ni ningún tipo de problema derivado del uso de esta técnica para los niños y niñas. Y que la principal razón de las madres gestantes no es la económica.

---

<sup>9</sup> Disponible en <http://gestacionsubrogadaenespaña.es/index.php/2013-10-17-13-37-28/noticias-asociacion/68-comunicado-de-las-mujeres-de-la-asociacion-por-la-gestacion-subrogada-con-capacidad-de-gestar-y-de-decidir-hacerlo-en-contestacion-al-manifiesto-publicado-en-nosomosvasijas-eu> y en <http://lassociacio.org/mujeres-a-favor-de-la-gestacion-subrogada-responden-al-manifiesto-no-somos-vasijas/>.

- Defienden, en definitiva, que los problemas vienen generados por falta de regulación de la gestación subrogada o porque, de existir, sea deficiente, y que se pueden superar a través de una regulación garantista.

La Asociación no se limita a mantener esta posición, sino que ofrece, también, en su página web, una proposición de Ley de gestación por subrogación elaborada por Joan Cerdà. Aunque resulta imposible resumir ésta en toda su extensión, sí conviene subrayar alguno de sus contenidos:

- La gestación por subrogación se prevé como última ratio, al haberse agotado otras posibilidades o ser incompatibles con ellas (art. 2.2.).
- La mujer gestante debe tener más de 18 años, haber gestado un hijo previamente y encontrarse en buenas condiciones físicas y psíquicas. Se inscribirá en el Registro nacional de gestación por subrogación.
- La gestación subrogada no tendrá carácter lucrativo. La compensación económica resarcitoria que se pueda fijar sólo podrá compensar las molestias físicas, los gastos de desplazamiento y laborales y el lucro cesante inherentes al procedimiento, y proporcionar a la mujer gestante las condiciones idóneas durante los estudios y tratamiento pre-gestacional, la gestación y el post-parto.
- El progenitor subrogante será una persona o una pareja.
- La madre gestante podrá decidir interrumpir su embarazo si se produce alguna de las causas previstas en la LO 2/2010, devolviendo el dinero recibido de los progenitores subrogantes
- Tras el alumbramiento el bebe nacido pasará a estar cargo de los progenitores subrogantes, responsables de inscribirlo en el Registro Civil. Estos no podrán impugnar la filiación desde el momento en que se haya producido la transferencia embrionaria a la mujer gestante.

Hay otros colectivos que defienden la gestación subrogada, como la asociación *Son nuestros hijos*<sup>10</sup>, que en su manifiesto<sup>11</sup> pide respeto para las mujeres que donan su capacidad de gestar, respeto para los niños nacidos por gestación subrogada y respeto para las familias.

Examinados unos y otros argumentos, es oportuno realizar dos consideraciones complementarias. La primera es que estamos en un debate de máximos, en el que no se deja espacio a posturas intermedias. Y también que sería un error entender que este debate se articula en el tradicional desacuerdo entre la izquierda (abolicionista) y la derecha (permisiva). El asunto es mucho más complejo, como puede acreditarse con un ejemplo menor. Como es sabido la Vicepresidenta del Gobierno de la Nación Carmen Calvo ha defendido en diversas ocasiones<sup>12</sup> que la posición oficial del partido

---

<sup>10</sup> <http://www.sonnuestrosbijos.com/>.

<sup>11</sup> <https://nosotrasparimosnosotrasdecidimos.com/manifiesto.html>.

<sup>12</sup> Ver [https://elpais.com/politica/2018/06/09/actualidad/1528557286\\_424452.html](https://elpais.com/politica/2018/06/09/actualidad/1528557286_424452.html).

es la proscripción de la gestación subrogada (a la que apela vientre de alquiler) en contra de la votada y decidida por las juventudes socialistas<sup>13</sup>. También se han expresado otras mujeres socialistas, como Aurora González Ginzo<sup>14</sup>, en contra de la posición oficial y a favor de la gestación subrogada.

La segunda consideración es que estamos ante una materia en la que la legislación estatal presenta una eficacia limitada, como lo evidencia la propia realidad española que ha sido descrita al comienzo del presente estudio. Aún y con todo, puede ser interesante recordar que estamos ante una materia que recibe un tratamiento desigual en distintos Estados y que tampoco ha sido frontalmente tratada ni por el Tribunal de Estrasburgo ni por la Corte de Luxemburgo. Al examen de estas cuestiones dedicamos las siguientes líneas.

### 3. LA GESTACIÓN SUBROGADA EN FRANCIA

Como es bien sabido, la regulación estatal de la maternidad subrogada varía mucho entre diferentes Estados. No aludimos ahora exclusivamente a la cuestión de si esta técnica está permitida o prohibida, sino también a que existen muchas divergencias normativas sobre los sujetos que pueden emplearla en su caso.

En efecto, si centremos nuestra mirada en los países donde la gestación subrogada está contemplada, observaremos que mientras que en algunos casos se reserva a nacionales (Reino Unido), en otros se limita a matrimonios (Ucrania, Kazajistán, Rusia) o parejas heterosexuales (Portugal, Rusia), o de mujeres (Portugal, Rusia), pero no hombres solteros o pareja de gais (Portugal). En otros casos, se abre a todo tipo de personas, situación personal u orientación sexual (Canadá). Especial interés presenta para el colectivo LGTBI el modelo norteamericano, dado que diversos Estados federados (California, Connecticut, Delaware, Maine, Nevada, Nuevo Hampshire y del distrito de Columbia.) contemplan la gestación subrogada para cualquier tipo de familia.

No tiene excesivo interés realizar aquí un examen de Derecho comparado<sup>15</sup>. Optamos, por el momento, por centrarnos en el análisis de lo ocurrido en el Estado francés por dos razones. De un lado, porque su régimen jurídico es muy similar al español.

---

<sup>13</sup> Ver <https://youtu.be/5FMUqS4QXo8>, y <https://www.libremercado.com/2018-06-18/las-juventudes-socialistas-a-favor-de-la-gestacion-subrogada-la-ministra-calvo-nos-ha-escupido-a-la-cara-1276620555/>.

<sup>14</sup> Ver [https://www.eldiario.es/tribunaabierta/Gestacion-subrogada-reflexiones-mujer-socialista\\_6\\_655194497.html](https://www.eldiario.es/tribunaabierta/Gestacion-subrogada-reflexiones-mujer-socialista_6_655194497.html).

<sup>15</sup> Resulta interesante consultar el análisis realizado por Laurence BRUNET (dir.); Janeen CARRUTHERS; Konstantina DAVAKI; Derek KIN; Claire MARZO y Julie MCCANDLESS sobre *El régimen de subrogación en los Estados miembros de la UE*. El trabajo, realizado a instancia de la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo y entregado en mayo de 2012 puede ser consultado en [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2013/474403/IPOL-JURI\\_ET\(2013\)474403\(SUM01\)\\_ES.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2013/474403/IPOL-JURI_ET(2013)474403(SUM01)_ES.pdf).

De otro, porque ha originado una buena parte de la relevante jurisprudencia que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dictado en la materia.

El Comité Consultivo Nacional (francés) de Ética entiende, en su Informe sobre los problemas éticos derivados de las técnicas de reproducción artificial (1984)<sup>16</sup>, que el recurso a la gestación subrogada es ilícito, porque supone «la cesión de un niño. Un contrato como este es nulo por su objeto y se acuerda en fraude de Ley a la relativa a la adopción». En definitiva, estamos en presencia de «un acto grave que consiste en provocar un nacimiento, [que] entraña riesgos para todos los que, de buena fe, participan en el mismo»<sup>17</sup>.

Resulta lógico, desde esta perspectiva, que se impida la existencia de asociaciones que impulsan la utilización de la gestación subrogada. El Consejo de Estado respalda la negativa a inscribir a la Asociación *Les Cicognes* porque promueven actuaciones que dan lugar a «que uno de los padres se comprometa a abandonar a un niño tras el nacimiento»<sup>18</sup>. Y la Decisión de la Sala de lo Civil del Tribunal de Casación de 13 de diciembre de 1989 confirma la disolución de otra Asociación (*Alma Mater*), que pretende resolver mediante la gestación subrogada el problema de parejas con problemas de procreación, por tener un carácter ilícito de tal técnica, «que se deducen de los principios generales del Código Civil y de las reglas que son comunes a todas las filiaciones»<sup>19</sup>.

Dos años después subrayará la misma Sala que esta técnica atenta contra los principios de la indisponibilidad del cuerpo humano y de la filiación de las personas<sup>20</sup>, negando la posibilidad de que la madre intencional pueda adoptar al bebé nacido.

No resulta de extrañar que posteriormente se incluya en el Código Civil francés una disposición que establece que «todo acuerdo sobre la procreación o la gestación por cuenta de otro es nula»<sup>21</sup>. Y también se ha tipificado tal actuación como delictiva en el artículo 227-12 del Código Penal<sup>22</sup>. Y esta doctrina no se ha modificado con la apertura de la figura del matrimonio a las parejas formadas por dos personas

<sup>16</sup> *Avis sur les problèmes éthiques nés es techniques de reproduction artificielle*. Rapport (n.º 3 – 23 octobre 1984), disponible en <https://www.ccne-ethique.fr/sites/default/files/publications/avis003.pdf>.

<sup>17</sup> *Ibidem*, pp. 3 y 4. Se insiste en estos argumentos más adelante, pp. 11 ss. Se concluirá que esta técnica «es ilícita por su objeto y su causa. Consagra además un fraude a la Ley sobre adopción» (p. 14).

<sup>18</sup> Conseil d'Etat, Assemblée, du 22 janvier 1988, 80936, disponible en <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007738485>.

<sup>19</sup> Cour de Cassation. Chambre civile 1, du 13 décembre 1989, 88-15.655, disponible en <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007023438>.

<sup>20</sup> Cour de Cassation. Assemblée plénière, du 31 mai 1991, 90-20.105, disponible en <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007026778>.

<sup>21</sup> Artículo 16.7 del Código Civil, incorporado por Ley 94-653, de 29 de julio de 1994, relativa al respeto del cuerpo humano.

<sup>22</sup> Ver este precepto y también el 227-13, disponibles ambos en [https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?jsessionid=76D09019D84CC5323B7EF3EEC14F1699.tplgfr37s\\_2?idArticle=LEGIARTI000006418043&cidTexte=LEGITEXT000006070719&dateTexte=2018121](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?jsessionid=76D09019D84CC5323B7EF3EEC14F1699.tplgfr37s_2?idArticle=LEGIARTI000006418043&cidTexte=LEGITEXT000006070719&dateTexte=2018121).

del mismo sexo. En efecto, el Tribunal Constitucional estima que ni esta reforma legislativa modifica el alcance el artículo 16-7 del Código Civil ni permite a las parejas formadas por dos personas del mismo sexo solicitar asistencia médica para procrear<sup>23</sup>.

No hay voces, al menos públicas, que cuestionen esta visión de las cosas. Así, por ejemplo, el Consejo de Estado francés entiende, en 2009<sup>24</sup>, que concurren diversas objeciones a la eventual legalización de la gestación subrogada, como son (a) el interés superior del menor (que podría sentirse abandonado por su madre gestante y vería afectada su filiación), (b) la protección de la madre gestante (de su salud, física y psicológica) y (c) la posible mercantilización que podría producirse y diversos principios jurídicos que lo impiden (indisponibilidad de la filiación personal del menor y del cuerpo humano de la madre gestante)<sup>25</sup>. Nueve años más tarde, el Consejo de Estado hace notar que mientras que hay mayor presión social, se siguen oponiendo dos visiones sobre la gestación subrogada, una abolicionista<sup>26</sup> y otra permisiva, y reafirma las razones que justifican la proscripción del modelo en Francia (principios de indisponibilidad del cuerpo humano y de la filiación de las personas; el hecho de que la mujer deba renunciar a los derechos vinculados con su embarazo, atentado contra la integridad corporal de la madre, perjuicios para el menor, etc.). Afirma, y esto es una novedad, que, «a la vista de la jurisprudencia, nada impide afirmar, sin embargo, que la legalización de la gestación subrogada fuera inconstitucional, pese a que dañe la sustancia misma el modelo bioético francés tal y como existe hoy en día»<sup>27</sup>. Pero también «podría considerarse necesariamente que la gestación subrogada constituye por sí misma, una práctica contraria a la dignidad de la persona humana para que una ley que legalice tal práctica sea considerada inconstitucional. Nada en la jurisprudencia del Consejo Constitucional le impide ir en esta dirección, pero nada se lo impone»<sup>28</sup>. Ahora bien, aclara el Consejo de Estado, incluso una Ley constitucional que regule la cuestión seguiría comprometiendo los principios de indisponibilidad del cuerpo humano y de la filiación de las personas y ocasionando perjuicios para el menor (que vería fragmentados su origen genético, gestacional y social, y sería separado bruscamente de su madre natural<sup>29</sup>)

---

<sup>23</sup> Considerando 44 de la Decisión del Consejo Constitucional francés 2013-669 DC, de 17 de mayo. Disponible en <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2013/2013669DC.btm>.

<sup>24</sup> Estudio sobre *La révision des lois de bioéthique* (2009), disponible en [http://www.conseil-etat.fr/content/download/1177/3559/version/1/file/etude-bioethique\\_ok.pdf](http://www.conseil-etat.fr/content/download/1177/3559/version/1/file/etude-bioethique_ok.pdf). Conviene hacer notar que el Consejo ha recibido un nuevo encargo en 2018.

<sup>25</sup> *Ibidem*, pp. 49-50.

<sup>26</sup> Puede concebirse como un contrato nulo (que afecta a la vida diaria de la mujer) o como una técnica reproductiva (Conseil d'Etat: *Étude Révision de la loi de bioéthique: quelles options pour demain?*, 2018, pp. 77-78).

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 79 (resumen pp. 77-79).

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 80.

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 81.

También el Comité Consultivo Nacional (francés) de Ética se ha reafirmado en diversas ocasiones<sup>30</sup> en la prohibición de la gestación subrogada que deriva de la imposibilidad de *patrimonializar* el cuerpo humano.

Debe alabarse la coherencia de los tribunales franceses. Si se considera que la gestación subrogada es una técnica reproductora ilegal y delictiva en Francia, resulta lógico pensar que no se puede avalar su realización en el extranjero, ni de forma directa ni de forma indirecta (esto es, asumiendo sus consecuencias). Desde esta perspectiva, resulta lógico que, dado que «es contrario al principio de indisponibilidad de la filiación de las personas, principio esencial del Derecho francés, pueda producir efectos, sobre la filiación, una convención que porta sobre la gestación subrogada que, lícita en el extranjero, es radicalmente nula en los términos fijados en los artículos 16-7 y 16-9 del Código Civil»<sup>31</sup>. En otro célebre pronunciamiento

<sup>30</sup> En el Dictamen 110 (de 1 de abril de 2010), sobre problemas éticos suscitados por la gestación subrogada (disponible en [https://www.ccne-etbique.fr/sites/default/files/publications/avis\\_110.pdf](https://www.ccne-etbique.fr/sites/default/files/publications/avis_110.pdf)) se afirma que la existencia de una Ley habilitadora no impedirá los riesgos vinculados a esta técnica, y planteará problemas difíciles de resolver (¿puede la madre gestante optar por quedarse con el bebé?), y se cuestiona si esta técnica compromete la dignidad y la imagen simbólica de la mujer, y el futuro del menor afectado. Y en el 126 (de 15 de junio de 2017), sobre las demandas societarias de recurso a la asistencia médica para la procreación (disponible en [https://www.ccne-etbique.fr/sites/default/files/publications/ccne\\_avis\\_ndeg126\\_amp\\_version-def.pdf](https://www.ccne-etbique.fr/sites/default/files/publications/ccne_avis_ndeg126_amp_version-def.pdf), esp. pp. 29 ss.), se recoge una visión aún más crítica con la gestación subrogada. Su análisis acredita «un número importante de riesgos y de violencias, médicos, psíquicos, económicos» (p. 40). Y le asombra «la aceptación del riesgo, débil pero existente, de muerte o atentado grave de la gestante. Este no parece ser tomado en consideración ni por los padres de intención ni por los defensores» de la gestación subrogada (p. 40). Estima, finalmente, que no cabe hablar de la mujer para gestar un hijo ajeno en este caso porque la misma no permite ni renunciar a algunos de sus derechos ni disponer de un niño (*idem*). El Dictamen ha sido valorado por Laurence BRUNET, en «L'avis du CCNE no126 (15 juin 2017) sur les demandes sociétales de recours à l'assistance médicale à la procréation: un pas en avant et deux en arrière». *Médecine & Droit* 2018, pp. 5-8.

En nuestro país, debe citarse también el Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada, de 19 de mayo de 2017, disponible en [http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe\\_comite\\_bioetica\\_aspectos\\_eticos\\_juridicos\\_maternidad\\_subrogada.pdf](http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.pdf), en el que se sugiere (pp. 86-87) la reforma de la actual legislación española, para que la nulidad de contrato de gestación alcance también a los celebrados en el extranjero y se persiga la prohibición universal de esta técnica. En la misma órbita destaca el interesante trabajo de Pedro A. TALAVERA FERNÁNDEZ [«Maternidad subrogada: ficción jurídica contra verdad biológica». *Revista de Derecho y Genoma Humano. Genética, Biotecnología y Medicina Avanzada* 46 (2017)] en el que se afirma que la actual tensión entre la maternidad intencional o intelectual sobre la biológica altera la concepción de la persona, cuestiona la máxima *mater semper certa est* y desconoce la vinculación de la maternidad con un hecho objetivo como es el alumbramiento (pp. 229-231).

Discrepa de esta posición Antonio José VELA SÁNCHEZ en «¿En serio? Yo alucino con el comité: a propósito del «Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada» de 19 de mayo de 2017». *Diario La Ley* 9035 (2017) y, dentro del propio Comité, ROMEO CASABONA, Carlos María: «Aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada: voto particular al Informe del Comité de Bioética de España». *Revista de Derecho y Genoma Humano. Genética, Biotecnología y Medicina Avanzada* 46 (2017), pp. 37 ss., esp. p. 40 donde sugiere «abrir la maternidad subrogada a ciertas situaciones siempre vistas como excepcionales».

<sup>31</sup> Cour de Cassation civile. Chambre civile 1, 6 avril 2011, 10-19.053, Considerando 5. Disponible en <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000030841896>.

posterior se indicará que la actuación de los padres intencionales es fraudulenta, concluyendo que, «concurriendo este fraude, ni el interés superior del menor que garantiza el artículo 3.1 del Convenio Internacional de los Derechos del Niño (CIDN, en adelante) ni el respeto de la vida privada y familiar en el sentido del artículo 8 del Convenio Europeo de Derecho Humanos (CEDH, en adelante) podrían ser eficazmente invocados para impedir la negativa de transcripción y a la anulación del reconocimiento»<sup>32</sup>.

¿Qué efectos tiene esta negativa? Se indica en la última Sentencia reseñada que la decisión de no inscribir ni «priva a los menores de la filiación materna y paterna que el Derecho de California reconoce ni les impide vivir con los esposos X en Francia», ni atenta contra su derecho al respeto de la vida privada y familiar (artículo 8 CEDH) ni contra el interés superior del menor (artículo 3.1 CIDN).

Sin embargo, el Tribunal de Estrasburgo ha entendido que las decisiones del Tribunal de Casación sí lesionan el derecho a la vida privada del menor, matizando seriamente su alcance. Siempre que el menor sea hijo biológico de uno de los padres intencionales, deberá reconocérsele tal vinculación sin más trámites. En efecto, «a la vista de la importancia de la filiación biológica en tanto que elemento de identidad de cada uno [ ], no se podría entender que es conforme al interés de un menor privarle de un vínculo jurídico de esta naturaleza cuando la realidad biológica de este vínculo se establece y que el menor y su padre afectado reivindican su pleno reconocimiento»<sup>33</sup>.

<sup>32</sup> Cour de Cassation civile. Chambre civile 1, 13 septembre 2013, 12-30.138, Publié au bulletin, disponible en <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000027949258>. Esta doctrina ha sido confirmada por las Sentencias 371 du 6 avril 2011 (09-17.130) —Cour de Cassation. Première chambre civile— ([https://www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_2/premiere\\_chambre\\_civile\\_568/371\\_6\\_19627.html](https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/371_6_19627.html)), y 281 du 19 mars 2014 (13-50.005) —Cour de Cassation. Première chambre civile- ECLI:FR:CCASS:2014:C100281, disponible igualmente en [https://www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_2/premiere\\_chambre\\_civile\\_568/281\\_19\\_28731.html](https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/281_19_28731.html).

<sup>33</sup> SSTEDH de 26 de junio de 2014, recaídas en los asuntos Labassee (asunto 65941/11, § 79) y Mennesson (asunto 65192/11, § 100). Aunque no resulta preciso adentrarse ahora en el examen de estas resoluciones, conviene llamar la atención sobre la idea de que, a juicio de la Sala, la negativa a inscribir al menor no vulnera el derecho a la vida privada de los padres, aunque afecte negativamente al menor (tanto en el plano social como jurídico —para mantenerse en suelo francés tras su mayoría de edad y en sus derechos sucesorios, en particular—). Ver, en el plano doctrinal, DURÁN AYAGO, Antonia: «Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Mennesson c. France (núm. 65192/11) y caso Labassee c. France (núm. 65941/11) de 26 de junio de 2014: interés superior del menor y gestión por sustitución». *Ars Iuris Salmanticensis* 2014(2), pp. 280-282, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5060345&orden=0&info=link>, y, en relación con el asunto Mennesson, FLORES RODRÍGUEZ, Jesús: «Vientres de alquiler: más cerca de su reconocimiento legal en Europa. Comentario a la STEDH de 26 de junio de 2014, recurso núm. 65192/11». *Diario La Ley* 8363 (2014).

Esta jurisprudencia ha sido retomada en los casos Foulon et Bouvet (asuntos 9063/14 y 10410/14, Sentencia de 21 de julio de 2016) y Laborie (asunto 39725/04, Sentencia de 19 de enero de 2017). Es de justicia recordar que en 2015 se garantiza que los derechos sucesorios de los hijos habidos por gestación subrogada en el extranjero son los mismos (ver <http://www.lefigaro.fr/vox/societe/2015/04/28/31003-20150428ARTFIG00354-les-enfants-nes-par-gpa-reconnus-beritiers.php>). También resulta de interés en la materia el caso D. y otros c. Bélgica (asunto 29176/13, Sentencia de 8 de julio de 2014).

El Tribunal de Casación ha tenido a bien modificar su jurisprudencia para adecuarla a la doctrina del Tribunal de Estrasburgo que acabamos de mencionar, imponiendo así la inscripción del menor cuando mantiene un vínculo biológico con uno de los padres de intención<sup>34</sup>. Y aunque el Tribunal de Estrasburgo valora positivamente este dato reitera su doctrina en una Sentencia de 21 de julio de 2016<sup>35</sup>, condena por las mismas razones al Estado francés, respecto de una actuación previa de éste.

Pero resulta evidente que esta variación judicial no resuelve todos los problemas.

En primer lugar, no se reconoce el vínculo existente entre el menor y la madre intencional que no lo ha engendrado<sup>36</sup>. El Tribunal de Casación entiende que este interés debe ser evacuado a través del mecanismo de la adopción. En efecto, «la adopción permite, si las condiciones legales se cumplen y si es conforme con el interés del menor, crear un vínculo de filiación entre los menores y la esposa de su padre»<sup>37</sup>.

En segundo lugar, no se reconoce la filiación del padre intencional que no aporta material biológico al menor. Y esta realidad ha sido avalada en la muy interesante STEDH (Gran Sala) de 24 de enero de 2017 recaída en el difundido asunto Paradiso y Campanelli contra Italia. Como es sabido, esta importante resolución se separa del criterio mantenido anteriormente por la Sección Segunda<sup>38</sup>, que concluyó que la decisión judicial de no reconocer la filiación entre el menor y sus padres intencionales, y alejar a aquél de estos, vulneraba su derecho a la vida privada y familiar. En relación con la vida familiar, la Gran Sala entiende que «la ausencia de todo vínculo biológico entre el menor y los padres intencionales, la corta duración de la relación con el menor y la precariedad de los lazos desde el punto de vista jurídico, y pese a la existencia de un proyecto parental y la calidad de los lazos afectivos, el Tribunal estima que las condiciones que permitan concluir la existencia de una vida familiar *de facto*

<sup>34</sup> Cour de Cassation. Assemblée plénière, 3 juillet 2015, 14-21.323, Publié au bulletin, disponible en <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000030841802>. Ver, en el plano doctrinal, LE MAIGAT, Patrice: «Toujours pas de paix pour les “enfants fantômes de la République”». *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], *Actualités Droits-Libertés*, mis en ligne le 10 mars 2016, disponible en <http://revdb.revues.org/2039>; DOI: 10.4000/revdb.2039.

<sup>35</sup> Asuntos 9063/14 y 10410/14, § 56.

<sup>36</sup> Ver Cour de Cassation civile. Chambre civile 1, 29 novembre 2017, 16-50.061, Publié au bulletin, disponible en <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=-JURITEXT000036136244&fastReqId=540482224&fastPos=1>.

<sup>37</sup> Cour de Cassation civile. Chambre civile 1, 5 juillet 2017, 15-28.597, Publié au bulletin, disponible en <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000035144412>.

<sup>38</sup> Sentencia de 27 de enero de 2015. Ver, en el plano doctrinal, VELA SÁNCHEZ, Antonio José: «¿Ha variado el TEDH su Doctrina favorable a los convenios de gestación por sustitución realizados en países que legalmente los permiten?». *Diario La Ley* 8953 (2017) y VILAR GONZÁLEZ, Silvia: «Las Sentencias de 27 de enero de 2015 y de 24 de enero de 2017 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso “Paradiso y Campanelli contra Italia” y la vulneración del derecho a la vida privada y familiar en materia de gestación subrogada». *Revista de Derecho y Genoma Humano. Genética, Biotecnología y Medicina Avanzada* 46 (2017), pp. 235 ss.

no se cumplen»<sup>39</sup>. Sí que entiende comprometida la vida privada<sup>40</sup>, pero considera que la medida que la afecta está prevista por la Ley (§ 173), persigue un fin legítimo (defensa del orden y protección de los derechos del menor, § 175) y es necesaria en un Estado democrático (recordando que la decisión cuestionada se fundamenta en la ausencia de vínculo genético entre los recurrentes y el menor y en la violación de la legislación nacional sobre adopción internacional y sobre procreación médicamente asistida, § 188, lo que explica la decisión de considerar al menor en situación de abandono, § 196). En definitiva, la Gran Sala del Tribunal de Estrasburgo concluye que la decisión del Estado italiano de dar al niño en adopción, alejándole de sus padres de intención, no lesiona el derecho a la vida privada y familiar<sup>41</sup>.

---

<sup>39</sup> § 157. Recuerda la alta jurisdicción que del derecho al respeto de la vida familiar no forma parte ni el derecho a fundar una familia ni a adoptar, sino que dicho derecho presupone la existencia de una familia (§ 141). Pues bien, aquí se trata de determinar si existe, o no, una vida familiar *de facto* entre los recurrentes y el menor, lo que dependerá de la existencia de vínculos personales (§ 140). Y la Gran Sala entenderá que no por una serie de razones: (a) no existe vínculo biológico entre los padres intencionales y el menor (§ 142); (b) la actuación ilegal de los padres (tanto desde la perspectiva de la adopción internacional como desde la procreación asistida); (c) el escaso tiempo de convivencia (dos meses con la madre intencional en Rusia y seis meses los tres en Italia) (§ 149).

<sup>40</sup> «Desde el momento en que el procedimiento ante el Tribunal de menores se refiere a la cuestión de la existencia de lazos biológicos entre el menor y el recurrente, este procedimiento y el establecimiento de datos genéticos tienen un impacto sobre la identidad de este último, así como sobre la relación de los dos recurrentes» (§ 163).

<sup>41</sup> Conviene recordar, para decirlo todo, que la decisión se adopta por mayoría de once votos contra seis, y que esta resolución se acompaña de un buen número de votos particulares suscritos por diferentes Magistrados (concordante del Magistrado Raimondi; concordante de los Magistrados De Gaetano, Pinto de Albuquerque, Wojtyczek y Dedov; concordante del Magistrado de Dedov y discrepante común de los Magistrados Lazarova Trajkovska, Bianku, Laffranque, Lemmens y Grozev). Especial interés presentan los dos últimos. Los Magistrados discrepantes defienden que sí había vida familiar, ya que existieron vínculos afectivos estrechos y crecientes en los años en que no se había cuestionado el vínculo biológico entre el padre y la menor. Por otra parte, consideran que la decisión judicial de considerar que la menor se encuentra en situación de abandono por un problema estrictamente jurídico y no fáctico, constituye una valoración excesivamente formal que resulta incompatible con el artículo 8 CEDH. Se concluye, en todo caso, que la medida es desproporcionada puesto que con ella se pretende conferir cierto carácter extraterritorial al Derecho italiano, y que el órgano judicial no ha tomado en consideración el impacto negativo que alejar al menor de sus padres tendrá sobre aquél, lo que resulta, de por sí, desproporcionado por falta de ponderación.

También presenta mucho interés el Voto Particular (concordante) del Magistrado Dedov, en el que se comienza afirmando que «el fenómeno de la gestación subrogada es, en sí mismo, muy peligroso para el bienestar de la sociedad». Tras recordar el artículo 3 CDFUE, y citar algunos argumentos que podrían justificar la maternidad subrogada (economía de mercado, diversidad, solidaridad, resolución de problemas de paro, reducción de tensiones sociales, etc.) afirma que estamos ante un dilema milenario, relacionado con el compromiso de los seres humanos «con la dignidad y la integridad humana». Afirma Dedov que dos razones justificarían la gestación subrogada (evitar los problemas físicos derivados del embarazo y tener un hijo en una situación de infertilidad), pero seamos conscientes de que «devendrá una actividad comercial importante y lucrativa para el tercer mundo». No cree posible que estemos ante una práctica solidaria, y estima que «un donante puede compartir ciertas partes de su cuerpo con beneficiarios en un solo caso: inmediatamente después de su muerte» (donación). Se insiste en que estamos en

Sin embargo, el propio Tribunal de Casación ha abandonado esta exigencia de que quede expresamente acreditado el material genético común entre el padre y el menor. Es probable que este cambio jurisprudencial tenga su explicación en la Circular aprobada por el Ministro de Justicia el 25 de enero de 2013, sobre la emisión de certificados de nacionalidad francesa, en la que se hace notar que no se puede oponer la inscripción del menor por la mera sospecha de que se haya recurrido a la gestación subrogada<sup>42</sup>. Y esta idea ha sido expresamente retomada en las Sentencias 824 y 825 dictadas por el Tribunal de Casación el 5 de julio de 2017<sup>43</sup>. En la primera de ellas<sup>44</sup> se indica que no se puede cuestionar el vínculo biológico dado que la anotación de la filiación en Francia del documento americano no está subordinada a la existencia de una pericial judicial, y que, además, la Sentencia de California indica que se ha utilizado el patrimonio genético del padre de intención. Ahora bien, dado que la mujer de intención no ha alumbrado al menor, no se acepta su inscripción. Y, por supuesto, cuestión distinta es que se plantee la falsedad de los documentos aportados por los padres de intención<sup>45</sup>.

una práctica que se realiza por gente pobre o en países pobres, afirmando que resulta «extremadamente hipócrita prohibir la gestación subrogada en su propio país para proteger a las mujeres que allí residen y permitir el recurso a este tipo de técnica en el extranjero». El Magistrado considera que, «con el fin de impedir la degradación moral y ética de la sociedad, el Tribunal debería sostener acciones fundadas sobre los valores y no esconderse detrás del margen de apreciación. Estos valores (dignidad, integridad, igualdad, solidaridad, [ ]) no están en conflicto con el respeto de la vida privada y familiar». Y es que «si la gestación subrogada no es en principio compatible con la noción de derechos fundamentales, debería ser contrarrestada por una sanción individual y un debate público con el fin de prevenir tales prácticas en el futuro». Concluye Dedov que «cuando la solidaridad social no es respaldada o protegida de manera eficaz en la práctica por las autoridades (que se limitan a realizar declaraciones en los documentos oficiales), esto plantea problemas de discriminación o desigualdades sociales que pueden conducir a una desestabilización o una degradación de la sociedad; esta amenaza no debe ser subestimada».

<sup>42</sup> [http://www.textes.justice.gov.fr/art\\_pix/JUSC1301528C.pdf](http://www.textes.justice.gov.fr/art_pix/JUSC1301528C.pdf). El Consejo de Estado ha confirmado la validez de la circular en su Decisión 365779, de 12 de diciembre de 2014, disponible en <http://www.conseil-etat.fr/fr/arianeweb/CE/decision/2014-12-12/365779>.

<sup>43</sup> En este día se aprueban cuatro Sentencias que se van a examinar de forma breve. Puede consultarse, sobre todas ellas, el comunicado «Gestación subrogada realizada en el extranjero, inscripción del nacimiento y adopción simple», disponible en [https://www.courdecassation.fr/communiqués\\_4309/gpa\\_realisee\\_37266.html](https://www.courdecassation.fr/communiqués_4309/gpa_realisee_37266.html).

<sup>44</sup> Arrêt n.º 824 du 05 juillet 2017 (15-28.597) -Cour de Cassation. Première chambre civile- ECLI:FR:CCASS:2017:C100824, disponible en [https://www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_2/premiere\\_chambre\\_civile\\_568/824\\_05\\_37263.html](https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/824_05_37263.html). La misma doctrina se utiliza en Arrêt n.º 825 du 05 juillet 2017 (16-16.901 ; 16-50.025) -Cour de Cassation. Première chambre civile- ECLI:FR:CCASS:2017:C100825, disponible en [https://www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_2/premiere\\_chambre\\_civile\\_568/825\\_05\\_37264.html](https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/825_05_37264.html) y en Arrêt n.º 637 du 5 octobre 2018 (12-30.138) -Cour de Cassation. Assemblée plénière- ECLI:FR:CCASS:2018:AP00637, disponible en [https://www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_2/assemblee\\_pleniere\\_22/637\\_5\\_40366.html](https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/assemblee_pleniere_22/637_5_40366.html).

<sup>45</sup> En estos casos, en los que se finge un embarazo inexistente, se puede actuar al amparo del artículo 48 del Código Civil Francés. Ver Arrêt n.º 827 du 5 juillet 2017 (16-16.495) - Cour de Cassation. Première chambre civile- ECLI:FR:CCASS:2017:C100827, disponible en [https://www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_2/premiere\\_chambre\\_civile\\_568/827\\_5\\_37261.html](https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/827_5_37261.html).

Sin embargo, ese mismo día se aprueban otra Sentencia relevante, en la que se indica que el marido del padre del menor nacido en el extranjero puede adoptarle. En efecto, «el recurso a la gestación en el extranjero no impide por sí mismo la declaración de adopción, por el esposo del padre, del menor nacido de esta procreación, si las condiciones legales de la adopción se reúnen y es conforme con el interés del menor»<sup>46</sup>.

Estamos pues, ante una evolución problemática de la jurisprudencia relacionada con la gestación subrogada. Aunque es una técnica incompatible y contraria con el Derecho francés, los padres que tengan reconocida su paternidad (biológica) en un documento oficial de otro Estado podrá ver reconocida su filiación en el Derecho interno. No solamente se garantiza la inscripción del menor como nacional<sup>47</sup>, sino que también han sido garantizados sus derechos sucesorios.

Sin embargo, este derecho no protege ni a las madres de intención ni, en el caso de parejas formadas por dos gays, a la pareja del padre. Y tal solución no sería lógicamente aplicable, en principio, a las parejas formadas por dos mujeres. Se produce así una cierta diferenciación de tratamiento entre los padres de intención que podría ser cuestionable desde la perspectiva del principio de igualdad.

Es probable que el propio Tribunal de Casación sea consciente de los efectos de su doctrina. Y ello explicaría que haya optado por servirse recientemente del novedoso mecanismo de opiniones consultivas previsto en el Protocolo 16 anejo al Convenio Europeo de Derechos Humanos para someter sus dudas al Tribunal de Estrasburgo<sup>48</sup>. Se hace con ocasión del asunto *Menesson*, dado que la madre considera que los tribunales franceses deniegan su inscripción como madre de forma harto discutible. El tribunal de Casación trata de explicar, detenidamente, el impacto que la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo ha provocado tanto en el reconocimiento de la filiación paterna (no la materna, siguiendo la máxima *mater semper certa est*), como en las normas sobre la adopción (inaplicando algunas de ellas, como son las previstas en los artículos 343-2 y 348-5, entre otras). Y la duda se plantea, claro, sobre la no inscripción de la madre de intención: «la cuestión que se plantea es, primero, saber si, negando la transcripción del acto de nacimiento sobre los registros de estado civil francés tratándose de la madre de intención, mientras que la transcripción ha sido admitida para el padre biológico del menor, un Estado

---

<sup>46</sup> Arrêt n.º 826 du 05 juillet 2017 (16-16.455) -Cour de Cassation. Première chambre civile-ECLI:FR:CCASS:2017:C100826, disponible en [https://www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_2/premiere\\_chambre\\_civile\\_568/826\\_05\\_37265.html](https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/826_05_37265.html).

<sup>47</sup> Ver, con carácter general, ILIADOU, Marianna: «Surrogacy and positive obligations under the European Convention on Human Rights». *Revista Española de Derecho Europeo* 2017/2, pp. 127 ss.

<sup>48</sup> Ver el comunicado disponible en [https://www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_2/communiqués\\_presse\\_8004/etranger\\_transcription\\_8981/lire\\_communique\\_gpa\\_40367.html](https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/communiqués_presse_8004/etranger_transcription_8981/lire_communique_gpa_40367.html) y las Sentencia 637 ([https://www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_2/communiqués\\_presse\\_8004/etranger\\_transcription\\_8981/lire\\_arret\\_n\\_637\\_40369.html](https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/communiqués_presse_8004/etranger_transcription_8981/lire_arret_n_637_40369.html)).

parte desconoce el artículo 8 del Convenio a la vista tanto de la madre de intención como de los menores nacidos de una gestación subrogada en el extranjero. A este respecto, el Tribunal de Casación se pregunta sobre si se debe distinguir según que el menor haya sido concebido o no con los gametos de la madre de intención<sup>49</sup>. En fin, se plantea la cuestión de saber si la posibilidad para la madre de intención de adoptar al menor de su cónyuge, padre biológico, que constituye una vía que permite establecer su filiación, es suficiente para responder a las exigencias del artículo 8 del Convenio»<sup>50</sup>.

Aunque la solicitud de esta opinión consultiva debe merecer una valoración positiva, sorprende que no se cuestione si la distinta actuación sobre el padre de intención y la madre de intención podría resultar discriminatoria. Recordemos que, en la práctica, la filiación biológica de aquél se presupone (sin que sea objeto de pericial alguna, salvo en el caso, excepcional, en el que se discuta la veracidad del certificado o resolución extranjera) mientras que la mujer podrá aspirar, en el mejor de los casos, a adoptar a su hijo (aunque puedan compartir material genético).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha admitido a trámite<sup>51</sup> y evacuado la Opinión Consultiva mediante Dictamen de 10 de abril de 2019<sup>52</sup>.

Para dar respuesta a la primera cuestión planteada (determinar si el derecho al respeto de la vida privada de un niño nacido en el extranjero mediante maternidad subrogada requiere la posibilidad de un reconocimiento en derecho interno de un vínculo de filiación entre el menor y la madre de intención, designada en el acto de nacimiento legalmente establecido en el extranjero como madre legal), el Tribunal centra su mirada en el interés superior del menor. Tras constatar que la

<sup>49</sup> Primera pregunta: «Negándose a transcribir sobre los registros del estado civil el nacimiento de un menor nacido en el extranjero a través de una gestación subrogada en la que se designa como “madre legal” a la “madre de intención”, mientras que la transcripción del acto ha sido admitida en tanto que designa al “padre de intención” padre biológico del menor, ¿un Estado parte excede el margen de apreciación del que dispone a la vista del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos? A este respecto, ¿debe distinguirse según que el menor sea concebido o no con gametos de la “madre de intención”?».

<sup>50</sup> Arrêt n.º 638 du 5 octobre 2018 (10-19.053) -Cour de Cassation. Assemblée plénière-ECLI:FR:CCASS:2018:AP00638, disponible en [https://www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_2/assemblee\\_pleniere\\_22/638\\_5\\_40365.html](https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/assemblee_pleniere_22/638_5_40365.html). La segunda pregunta realizada es la siguiente: «En la hipótesis de una respuesta positiva a una de las dos cuestiones precedentes, ¿la posibilidad para la madre de intención de adoptar al menor de su cónyuge, padre biológico, que constituye un modo de establecimiento de su filiación, permite respetar las exigencias del artículo 8 del Convenio?».

<sup>51</sup> De acuerdo con el comunicado de prensa emitido el 4 de diciembre de 2018 por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, disponible en <http://budoc.echr.coe.int/fre-press?i=003-6268815-8165309>.

<sup>52</sup> Opinión Consultiva de la Gran Sala relativa al reconocimiento en Derecho interno de un vínculo de filiación entre un niño nacido mediante maternidad subrogada realizada en el extranjero y la madre de intención solicitada por el Tribunal de Casación francés (asunto P16-2018-001), disponible en <http://budoc.echr.coe.int/eng?i=003-6380431-8364345>.

denegación de tal filiación afecta al derecho a la vida privada del menor de forma significativa<sup>53</sup>, aunque deba hacerse compatible con evitar los riesgos de abuso que puede comportar la maternidad subrogada<sup>54</sup>, concluye que «el derecho a la respeto de la vida privada [ ..] de un niño nacido en el extranjero mediante maternidad subrogada requiere que el Derecho interno ofrezca una posibilidad de reconocimiento de un vínculo de filiación entre este niño y la madre de intención, designada en el acto de nacimiento legalmente declarada en el extranjero como “madre legal”»<sup>55</sup>. Esta necesidad es aún más acusada si el niño ha sido concebido con gametos de la madre de intención<sup>56</sup>.

Siendo la respuesta afirmativa, el Tribunal Supremo francés pregunta al Tribunal de Estrasburgo si tal reconocimiento debe darse mediante inscripción, o son admisibles otras vías alternativas (como la adopción). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos sostiene que lo relevante es que el proceso previsto a tal fin sea tan breve como sea posible<sup>57</sup>. Ahora bien, «la elección de los medios previstos para permitir el reconocimiento del vínculo niño-padres de intención cae en el margen de apreciación estatal», sin que el Convenio imponga «a los Estados proceder a la transcripción del acto de nacimiento en el extranjero»<sup>58</sup>.

Podemos concluir que el Estado francés, firme defensor de la proscripción de la gestación subrogada, se ha visto obligado a admitir la filiación de los padres (que se presume biológica salvo prueba en contrario) y la consiguiente nacionalidad a los hijos nacidos por esta técnica en el extranjero, y a facilitar la adopción por la madre (o la pareja) del cónyuge. Los hechos parecen haberse impuesto a la norma.

Nos interesa ahora determinar si en España ha ocurrido algo parecido. Sin embargo, debemos hacer notar, antes de abandonar el examen del caso galo, que el Consejo Constitucional francés ha señalado que resulta constitucionalmente admisible que los tratamientos de fecundación beneficien a las parejas hetero-

---

<sup>53</sup> §39. En particular le sitúa en forma de incertidumbre jurídica en cuanto a su identidad en la sociedad, dificulta tanto el acceso a su condición de nacional como a su permanencia en el país de residencia y compromete sus derechos sucesorios (*ibidem*, § 40).

<sup>54</sup> *Ibidem*, § 41.

<sup>55</sup> *Ibidem*, § 46. Llega a esta conclusión mediante dos premisas. La primera es que la imposibilidad general y absoluta de obtener tal reconocimiento sería incompatible con el interés superior del menor (*ibidem*, § 42). Y aunque entiende que se pueda defender una noción más amplia del margen de apreciación nacional en este caso, por tratarse de una materia sobre la que no hay consenso en los Estados miembros del Consejo de Europa (*ibidem*, § 43), opta por una noción estricta «cuando un aspecto especialmente importante de la identidad de un individuo se encuentra en juego» (*ibidem*, § 44), y va mucho más lejos (ver §§ 40-42) (§ 45).

<sup>56</sup> *Ibidem*, § 47.

<sup>57</sup> *Ibidem*, § 49. Insiste en esta idea en los §§ 54 y 55.

<sup>58</sup> *Ibidem*, §§ 51 y 53. Recuerda, eso sí, que el procedimiento de adopción francés únicamente está abierto a los padres de intención casados (*Ibidem*, § 57).

sexuales y no a las homosexuales<sup>59</sup>, afirmación que resulta cuestionable y que, en todo caso, debería ser revisada por el legislador democrático si estima que así debe hacerse<sup>60</sup>.

<sup>59</sup> «Las disposiciones impugnadas [de la Ley que abre el matrimonio a las parejas formadas por personas del mismo sexo] no tienen ni por objeto ni por efecto modificar el alcance de las disposiciones del artículo 16-7 del código civil en cuanto establece que “toda convención que afecta a la procreación o gestación por cuenta de otro es nula”; que, por otra parte, resulta del artículo L. 2141-2 del código de salud pública que la asistencia médica para la procreación tiene por objeto remediar la infertilidad patológica, médicamente diagnosticada de una pareja formada por un hombre y una mujer en edad de procrear, sean casados o no; que las parejas formadas por un hombre y una mujer se encuentran, desde la perspectiva de la procreación, en una situación diferente de la de las parejas formadas por personas del mismo sexo; que el principio de igualdad no se opone a que el legislador regule de forma diversa situaciones diferentes cuando la diferencia de tratamiento que se deriva de ello se encuentra en vínculo directo con el objeto de la Ley que adopta; que, por consiguiente, ni el principio de igualdad ni el objetivo de valor constitucional de accesibilidad y de inteligibilidad de la Ley imponen que, abriendo el matrimonio y la adopción a las parejas de personas del mismo sexo, el legislador modifique la legislación que rige estas materias distintas» (Decisión 2013-669 DC, du 17 mai 2013, párrafo 44, disponible en <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2013/2013669DC.htm>).

En relación, en particular, con la maternidad subrogada, hay posiciones doctrinales encontradas. Gerardo RUIZ-RICO RUIZ se pregunta si la actual redacción del artículo 7.3 de la Ley española 14/2006, «al considerar o permitir la posibilidad de que —únicamente— las mujeres casadas puedan beneficiarse de la aplicación de las TRHA para obtener la filiación a favor de la madre no gestante, está generando indirectamente una situación o efecto discriminatorios en las parejas de varones» [en «La problemática constitucional derivada de las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA): el caso de la maternidad subrogada». *Revista de Derecho Político* 99 (2017), p. 73, disponible en <http://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/articulo/view/19306/16191>], pero Ana MARRADES PUIG recuerda que hay cosas que no son posibles y el Derecho no existe para posibilitar lo imposible sino para solucionar problemas reales [En «La gestación subrogada en el marco de la Constitución española: una cuestión de derechos». *Estudios de Deusto* 65\1 (2017), p. 231, disponible en <http://revista-estudios.revistas.deusto.es/articulo/view/1320/1582>, y «El debate sobre la gestación subrogada en España: entre el deseo, la dignidad y los derechos». *Revista Europea de Derechos Fundamentales* 30 (2017), p. 161, disponible en <http://journals.sfu.ca/redfi/index.php/redfi/article/view/435/422>]. Sin embargo, como recuerda el profesor Ruiz-Rico Ruiz estamos en un campo en el que el avance de la técnica permite superar la «desigualdad de hecho biológica», aunque no estemos, en puridad, ante una técnica de reproducción asistida en este sentido [MARRADES PUIG, Ana: «La gestación », *cit.*, p. 231]. También se muestra crítico en este punto Octavio SALAZAR BENÍTEZ [en «La gestación por sustitución desde una perspectiva jurídica: algunas reflexiones sobre el conflicto entre deseos y derechos». *Revista de Derecho Político* 99 (2017), pp. 83-84, disponible en <http://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/articulo/view/19307/16192>].

<sup>60</sup> Marie-Xavière CATTO señala que la Ley podría dar preferencia a las parejas de gays de cara a la adopción o a la ectogénesis y que la regulación de la gestación subrogada podría beneficiar a todas las parejas hetero u homosexuales (en «La gestation pour autrui: d'un problème d'ordre public au conflit d'intérêts?». En *Revue des Droits de l'Homme* 2013/3, p. 152, disponible en <http://revdb.files.wordpress.com/2013/06/7seminairecatto1.pdf>).

#### 4. ¿Y QUÉ HA PASADO EN ESPAÑA EN RELACIÓN CON LA GESTACIÓN SUBROGADA?

No sorprenderá al lector que en España también se hayan extraído consecuencias prácticas de la gestación subrogada que tenga lugar en el extranjero, aunque la realizada en suelo español es nula y además incurre en la comisión de un ilícito penal.

Comenzando por la inscripción de hijos nacidos en el extranjero, conviene recordar que nuestro Código penal declara que la persona que reciba al hijo será castigada «aunque la entrega del menor se hubiera efectuado en país extranjero» (artículo 221.2 CP). Pero este tipo penal nunca ha sido aplicado.

Sin embargo, sí que se ha tratado de impedir, en un primer momento, la inscripción de hijos habidos en el extranjero mediante gestación subrogada. Destaca, en este punto, la difundida Sentencia del Tribunal Supremo de 835/2013, de 6 de febrero de 2014<sup>61</sup>. En ella se confirma que, pese a que dos menores figuren como hijos de un matrimonio formado por dos hombres en un documento de California, no pueden ser inscritos en el Registro Civil español. Los padres de intención consideran que esta

---

<sup>61</sup> RJ 2014\833. Resolución confirmada por ATS de 2 de febrero de 2015 (RJ 2015\141), que rechaza la nulidad de actuaciones solicitada. La decisión afecta a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009, que acuerda la transcripción de los bebés sin prejuzgar sobre el fondo del asunto (ver, en el plano doctrinal, Quiñones Escámez, Ana: «Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada». *Indret* 2009, pp. 1 ss., disponible en [http://www.indret.com/pdf/657\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/657_es.pdf)). La actuación judicial ha sido siempre perjudicial a los intereses de los padres de intención, tanto en primera instancia (Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Valencia 15 193/2010, de 15 de septiembre, AC 2010\1707) como en segunda instancia (Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, 826/2011, de 23 de noviembre, AC 2011\561. En el plano doctrinal, JIMÉNEZ MARTÍNEZ, María Victoria: «La inscripción de la filiación derivada de la gestación por sustitución. Problemas actuales». *Anuario Facultad de Derecho* 2012, pp. 365 ss.). La Sentencia ha sido comentada por José Manuel de TORRES PEREA [«Comentario de la STS de 6 de febrero de 2014 sobre maternidad por sustitución desde la perspectiva del interés del menor». *Diario La Ley*, 8281 (2014)], María José GARCÍA ALGUACIL [«¿Incoherencia legislativa o despropósito judicial?: a propósito de la STS de 6 de febrero de 2014». *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* 2014\3, pp. 79 ss.), Tania VÁZQUEZ MUIÑA [«No se puede inscribir en el Registro Civil español la filiación surgida en el extranjero mediante gestación por sustitución. Comentario a la STS de 6 de febrero de 2014». *Actualidad Jurídica Iberoamericana* 8 (2018), pp. 80-96], Antonio José VELA SÁNCHEZ [«Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución no pueden ser inscritos en el Registro Civil español». *Diario La Ley* 8279 (2014)] y Antonia PANIZA FULLANA [«Gestación por sustitución e inscripción de la filiación en el Registro Civil español: la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014». *Revista Doctrinal Civil-Mercantil* 2014\1, pp. 59 ss.). Ver, también, VELA SÁNCHEZ, Antonio José: «Soluciones prácticas para la eficacia en España de un convenio de gestación por encargo». *Diario La Ley* 8309 (2014). Especial interés presenta FULCHIRON, Hugues y GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina: «L'ordre public international à l'épreuve des droits de l'enfant: non à la GPA internationale, oui à l'intégration de l'enfant dans sa famille». *Revue Critique de Droit International Privé* 2014\3, pp. 531 y ss., por establecer un debate con la legislación y jurisprudencia francesa, y, de las mismas autoras, en castellano, «Algunas reflexiones sobre la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 a la luz de la condena de Francia por el TEDH (Sentencias Labassée y Menesson de 26 de junio de 2014)». *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* 2015\3, pp. 67 ss. (BIB 2015\1399).

medida resulta discriminatoria, vulnera el interés del menor (al perjudicar su posición jurídica y desprotegerle, al despreciar a los mejores padres que pueden tener y al ignorar su identidad única, que ya ha sido determinada en California), y no compromete el orden público internacional español.

El Tribunal Supremo entiende que el consulado debe comprobar la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española (artículo 23 Ley del Registro Civil). Y debe respetar el orden público, «entendido básicamente como el sistema de derechos y libertades individuales garantizados en la Constitución y en los convenios internacionales de derechos humanos ratificados por España, y los valores y principios que estos encarnan»<sup>62</sup>. Y a juicio del Alto Tribunal, esto ocurre con la gestación subrogada, que vulnera «la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizando la gestación y la filiación, “cosificando” a la mujer gestante y al niño, permitiendo a determinados intermediarios realizar negocio con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza y creando una especie de “ciudadanía censitaria” en la que solo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría de la población» (FD 3.6). Se concluye que las normas nacionales sobre gestación subrogada integran el orden público internacional español (FD 3.7), y que en este caso los padres de intención han huido del ordenamiento español para formalizar un contrato nulo, en el que no se les reconoce filiación con el menor y que puede desencadenar responsabilidad penal. Concluye la Sala afirmando que «la decisión de la autoridad registral de California al atribuir la condición de padres al matrimonio que contrató la gestación por sustitución con una mujer que dio a luz en dicho estado es contraria al orden público internacional español por resultar incompatible con normas que regulan aspectos esenciales de las relaciones familiares, en concreto de la filiación, inspiradas en los valores constitucionales de dignidad de la persona, respeto a su integridad moral y protección de la infancia» (FD 3.10).

En relación con la eventual discriminación por orientación sexual, se desestima porque la negativa a inscribir la filiación se explica por su origen prohibido, y no por otras razones.

Más interés presenta determinar cuál es la mejor forma de garantizar el interés superior del menor en un supuesto como el descrito. Tras recordar su importancia [artículos 3 CIDN y 24.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE en adelante) y 39 de la Constitución Española] aclara que estamos ante un concepto jurídico indeterminado (FD 5.3). El primer alegato de los padres comitentes es que, si ellos son los que han deseado a sus hijos, estos estarán mejor con ellos, lo que supondría que el legislador español vulnera el interés superior del menor al no reconocer dicha filiación o que se debería consentir la entrega de menores procedentes de familias desestructuradas o de entornos problemáticos (FD 5.5). Entien-

<sup>62</sup> FD 3.4. Ver STC 54/1989, de 23 de febrero.

de la Sala que el interés superior del menor no puede desconocer la Ley, sino que debe ser tomado en consideración para su interpretación y aplicación (FD. 5.6) y que además «el establecimiento de una filiación que contradiga los criterios previstos en la ley para su determinación supone también un perjuicio para el menor» (para su dignidad, al convertirlo en objeto de tráfico mercantil) (FD 5.8).

Los recurrentes sostienen que los tribunales españoles desconocen la identidad única del menor, al no aceptar la establecida en California. El Tribunal niega este extremo dado que «en el caso aquí enjuiciado los menores no tienen vinculación efectiva con Estados Unidos» (FD 5.9).

La Sala se plantea si, como sostienen los recurrentes, la no inscripción de los menores les sitúa en una situación de desprotección. Considera el Tribunal que, si uno de los padres de intención lo es también biológicamente, puede reclamar la filiación de los menores, y que existen otros mecanismos (acogimiento, adopción) que permiten formalizar la integración real de los menores en un núcleo familiar (FD 5.11). Entiende, en todo caso, que la solución que se debe tomar en consideración la efectiva integración de los menores en un entorno familiar *de facto* (SSTEDH de 28 de junio de 2007, caso Wagner y otro c. Luxemburgo y de 4 de octubre de 2012, caso Harroudj c. Francia) (FD 5.12).

La Sentencia se acompaña de un interesante voto discrepante firmado por el Magistrado D. José Antonio Seijas Quintana, al que se adhieren los Magistrados José Ramón Ferrándiz Gabriel, Francisco Javier Arroyo Fiestas y Sebastián Sastre Papiol. Estiman estos Magistrados, en primer lugar, que el Consulado debió limitarse a inscribir el contenido del documento sin necesidad de controlar su legalidad conforme a la ley española, por haberse producido conforme a la ley californiana (artículo 81 Reglamento del Registro Civil). Por otra parte, estiman que la inscripción no lesiona el orden público porque lo que se somete a la autoridad española no es la legalidad del contrato, sino el reconocimiento de una decisión extranjera válida y legal conforme a su normativa, salvo que comprometa el interés superior del menor. Recuerdan, en la misma dirección, que las normas en esta materia se están flexibilizando, como prueba la «Instrucción de la Dirección de los Registros y del Notariado sobre “régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, de 5 de octubre de 2010, con la que se permite la inscripción en el Registro Civil de los hijos nacidos a través de gestación por sustitución en los países cuya normativa lo permita siempre que alguno de los progenitores sea español» o la jurisprudencia social que reconoce prestaciones de paternidad o maternidad por parte de los comitentes (a la que luego se aludirá en este trabajo). Entienden los Magistrados discrepantes que la mayoría ha invocado la excepción del orden público de una forma preventiva, sin que se haya acreditado lesión de la dignidad ni de los padres, ni de la mujer ni de los nacidos. Y subrayan que el interés de estos se ve afectado gravemente por la Sentencia, ya que les sitúa en un limbo jurídico, recordando que «el carácter ilegal de una filiación no justifica ningún trato diferenciado» (STSJ de Madrid —Sala de lo Social— de 13 de marzo de 2013) (Apartado 2.5).

El Voto Particular va, quizás, más allá del marco legal al que los Tribunales se encuentran sometidos cuando afirma que la gestación subrogada «a) supone una manifestación del derecho a procrear, especialmente importante, para quienes no pueden tener un hijo genéticamente propio, como en este caso; b) no se puede subestimar sin más la capacidad de consentir de la madre gestante; c) el consentimiento de la madre se hace ante la autoridad judicial, que vela porque se preste con libertad y conocimiento de las consecuencias, y d) tratándose de un acuerdo voluntario y libre difícilmente se le explota o cosifica en contra de su libertad y autonomía y en ningún caso afecta al interés del menor que nace en el seno de una familia que lo quiere. Es al niño al que se da una familia y no a la familia un niño y es el Estado el que debe ofrecer un marco legal que le proteja y le proporcione la necesaria seguridad jurídica»<sup>63</sup>. Por más que puedan compartirse muchas de estas afirmaciones, no se puede olvidar que la gestación subrogada está prohibida en nuestro país.

Sin embargo, conviene recordar que los hechos acaecidos en el Consulado de San Diego se produjeron en 2008, y que la repercusión del caso que nos ocupa llevó a la Dirección General de los Registros y del Notariado a dictar la Instrucción de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución en el extranjero<sup>64</sup>, que pretende facilitar la inscripción de los nacidos siempre que se apoye en una resolución judicial dictada

<sup>63</sup> Apartado 2.3. Gerardo RUIZ-RICO RUIZ considera más acertado el Voto Particular que la fundamentación ofrecida por la mayoría, entendiendo que se debe priorizar el interés superior del menor sobre el eventual incumplimiento de una norma legislativa (en «La problemática...», *cit.*, p. 66). El mismo autor estima más acertado un acercamiento a la cuestión caso por caso, en el que se determine si hay garantías que han asegurado que la actuación de la madre gestante ha sido autónoma y libre.

<sup>64</sup> Publicada en el *BOE* 243, de 7 de octubre de 2010, pp. 84803 ss. Se ha cuestionado la eventual ilegalidad de la misma por contravenir el artículo 10 LTRHA (Ver FERRER VANRELL, María Pilar: «La discutible constitucionalidad de la instrucción de la DGRN 5-10-2010 sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos por gestación de sustitución». *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad* 2013\1, pp. 57 ss.). Aunque se pretendió colmar esta eventual laguna a través de la introducción de un nuevo apartado en el artículo 44 de la futura Ley de Registro Civil, ésta iniciativa no prosperó. En la actualidad, la Fundación Garrigues ha elaborado muy recientemente una «Propuesta de reforma de la regulación española sobre inscripción de relaciones de filiación constituidas en el extranjero mediante gestación subrogada» (disponible en <https://www.fidefundacion.es/attachment/1085483/>).

Por otra parte, también se ha cuestionado el contenido de la Instrucción. De un lado porque «toda la responsabilidad del hecho registral recae sobre el encargado del registro y ni la instrucción, ni ningún otro instrumento del ordenamiento proporcionan algún tipo de solución, frente a las múltiples particularidades, supuestos y excepciones que se presentan en la realidad cotidiana del trabajo consular» [PERTUSA RODRÍGUEZ, Luis: «Dimensión consular de la gestación por sustitución en Derecho internacional privado». *Cuadernos de Derecho Transnacional* 2018\2, p. 614, disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/issue/view/562>). De otra, y por razones bien distintas, porque esta normativa ignora principios recogidos en el Derecho internacional privado y burocratizan artificial e innecesario el acceso al Registro Civil español de la filiación acreditada en país extranjero (CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier: «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* 2011\1, pp. 247 ss., disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/issue/view/287>).

por Tribunal competente<sup>65</sup>. De esta forma lo habitual es que se obtenga sin problemas la inscripción del menor una vez que ha establecido, mediante resolución judicial, la filiación biológica con el progenitor o la madre<sup>66</sup>.

Ahora bien, esta solución, creada para resolver la situación creada en California, no resuelve otros supuestos distintos<sup>67</sup>. De hecho, no está claro que el Gobierno español quiera facilitar la inscripción de los niños nacidos en el extranjero mediante la gestación subrogada<sup>68</sup>, aunque finalmente en la práctica se imponga una solución pragmática que permite, cuando menos, que los menores puedan ingresar en España<sup>69</sup>.

Esta solución es muy cercana a la que se había producido en Francia. Y, como ella, no se encuentra exenta de algunos inconvenientes como ya hicimos notar en su momento.

Los Tribunales españoles han sido también muy claros al defender que los padres de intención pueden acceder a las prestaciones por maternidad del sistema de la Segu-

---

<sup>65</sup> Aunque su validez se condiciona al exequátur de la resolución judicial extranjera la propia Instrucción permite que el encargado del Registro Civil pueda realizar un control incidental sobre la misma.

<sup>66</sup> Ver el Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Pozuelo de Alarcón de 25 de junio de 2013 (AC\2013\281), que otorga exequatur a una resolución judicial de San Diego que reconoce la maternidad del menor nacido en ausencia de paternidad.

<sup>67</sup> Por ejemplo, en otros países, en los que la regulación de la maternidad subrogada contempla que el hijo aparezca ya cómo hijo de los padres comitentes no existe la resolución judicial exigida por la Instrucción. Peligro tempranamente advertido por ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Noelia y CARRIZO AGUADO, David: «Tratamiento legal del contrato de gestación por sustitución en el Derecho internacional privado español a la luz de la STS de 6 de febrero de 2014. Dime niño, ¿de quién eres?». *La Notaría* 2014\2, p. 68, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4875741.pdf>. Ver también CABEZUDO BAJO, María José: «Avances hacia una regulación de la gestación por sustitución en España en base al modelo regulado en el Estado de California». *Revista de Derecho y Genoma Humano. Genética, Biotecnología y Medicina Avanzada* 46 (2017), pp. 110 ss.

<sup>68</sup> La Instrucción de 14 de febrero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución (disponible en <https://www.civil-mercantil.com/sites/civil-mercantil.com/files/INSTRUCION-14-FEBRERO.pdf>), contemplaba la posibilidad de presentar informes de ADN a fin de acreditar el vínculo biológico paterno. No obstante, la posterior Instrucción de 18 de febrero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución (disponible en [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-2367](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-2367)) deja sin efecto la anterior, y restaura la vigencia de la Instrucción de 2010.

<sup>69</sup> Esto es lo que ha ocurrido, en dos ocasiones, en Ucrania. La más reciente, el pasado mes de febrero. El Consulado, en vez de ajustar su actuación a la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo analizada en este mismo trabajo, pone trabas a la inscripción de menores. Ha optado en ocasiones por facilitar un mero salvoconducto que permita al menor llegar a nuestro país (ver <https://www.europapress.es/sociedad/noticia-cinco-familias-ninos-nacidos-gestacion-subrogada-ucrania-llegan-espana-bay-cumplir-ley-ue-20190221181742.html>) y recoge una información en su página web poco conciliable con su función de auxiliar a los españoles que requieran de sus servicios (<http://www.exteriores.gob.es/Embajadas/KIEV/es/Embajada/ServiciosConsulares/Servicios%20consulares%20en%20Kiev/Registro/Paginas/Nacimientos.aspx>, apartado «maternidad subrogada»).

ridad Social<sup>70</sup>. El Tribunal Supremo ha señalado reiteradamente que «las normas en materia de protección de la maternidad han de ser interpretadas a la luz del principio general del interés superior del menor que se integra en el núcleo familiar con el progenitor o progenitores que le prestan atención y cuidados parentales» y que «la suspensión de la relación laboral y el reconocimiento de la prestación por maternidad constituye un medio idóneo para preservar las especiales relaciones que median entre el padre/madre y el hijo durante el periodo posterior al nacimiento, por lo que esta situación ha de ser debidamente protegida en la misma forma que lo son la maternidad, la adopción y el acogimiento». El Tribunal señala, además, que, «cuando el padre legal está materialmente al cuidado del menor, la única forma de atender la situación de necesidad consiste en permitirle el acceso a la protección de la maternidad» y concluye afirmando que la nulidad del contrato de gestación por sustitución «no puede perjudicar la situación del menor»<sup>71</sup>. Esta doctrina, que puede considerarse totalmente asentada<sup>72</sup>, es bastante lógica. Si la prestación de maternidad pretende asegurar el mejor cuidado del menor, resultaría un despropósito negarla cuando hay un hijo necesitado de especial atención.

No contradice esta valoración que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea haya manejado un criterio diferente en las Sentencias de 18 de marzo de 2014, recaídas en los casos C.D. y S.T. y Z y *A Government Department, The Board of management of a community school*.

El debate procesal gira, en el asunto C. D. y S. T., sobre el alcance subjetivo de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el

<sup>70</sup> Ver, en el plano doctrinal, VELA SÁNCHEZ, Antonio José: «La gestación por sustitución en las Salas de lo Social del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia: a propósito de la prestación por maternidad en los casos de nacimientos derivados de convenio gestacional». *Diario La Ley* 8927 (2017).

<sup>71</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1.ª) 347/2018, de 22 de marzo, FD 2 (RJ\2018\1414), que se remite a lo ya adelantado por las SSTs de 25 de octubre de 2016 (RJ 2016\6167) y 16 de noviembre de 2016 (RJ 2016\6152) (ambas extensamente glosadas en SALAZAR BENÍTEZ, Octavio: «La gestación », *cit.*, pp. 99 ss.). También parten de estas las dos Sentencias de la misma Sección de 30 de noviembre, que son las 1021/2016 (RJ 2016\6514) y 1022/2016 (RJ 2016\6516), la de 14 de diciembre de 2017 (Sentencia 1002/2017, RJ 2017\5889) y la de 13 de marzo de 2018 (Sentencia 277/2018, RJ 2018\1518). Ver, en el plano doctrinal, MIGUEL DíEZ, Alejandro: «Análisis de la gestación subrogada a la vista de los últimos pronunciamientos del Tribunal Supremo». *Observatorio de Recursos Humanos y Relaciones Laborales* 130 (2018), pp. 72-73, disponible en <https://www.abdonpedrajas.com/pics/eventos/rrllscc130.pdf>; GARCÍA SÁNCHEZ, Jesús David: «La prestación por maternidad en un supuesto de gestación subrogada». *Revista de Información Laboral* 9 (2017), pp. 75 ss. y HIERRO HIERRO, Francisco Javier: «Maternidad subrogada y prestaciones de seguridad social». *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo* 190 (2016), pp. 179 ss.

<sup>72</sup> Limitando nuestra mirada al año 2018, deberían citarse las Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia (Sala de lo Social, Sección 1.ª) de Madrid 529/2018, de 8 de junio (JUR\2018\223128), del País Vasco 931/2018, de 2 de mayo (JUR\2018\212894) y de Cataluña 2573/2018, de 27 de abril (AS\2018\2036). También realiza un detenido resumen jurisprudencial Octavio SALAZAR BENÍTEZ (en «La gestación », *cit.*, pp. 99 ss.).

trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia<sup>73</sup>. El artículo 2 recoge la definición de trabajadora embarazada, trabajadora que ha dado a luz y trabajadora en periodo de lactancia, y el artículo 8 establece un permiso de maternidad. La cuestión a determinar es si una trabajadora que ha tenido un hijo recurriendo a una mujer gestante está en condiciones de solicitar un permiso de maternidad. La Abogada General Kokott entiende «una madre intencional que ha tenido un hijo en virtud de un contrato de maternidad subrogada tiene derecho, tras el nacimiento del niño y aunque no amamante a su hijo, a un permiso de maternidad»<sup>74</sup> en atención a las normas descritas. No comparte este parecer el Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>75</sup>. A su juicio, «el permiso de maternidad previsto en el artículo 8 de esa Directiva tiene la finalidad de proteger la salud de la madre del niño durante la específica situación de vulnerabilidad derivada de su embarazo» (§ 35) y de que haya dado a luz (§ 36). Esto supone que «los Estados miembros no están obligados en virtud del artículo 8 de la Directiva 92/85 a conferir un permiso de maternidad a una trabajadora, en su calidad de madre subrogante que ha tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución, incluso cuando puede amamantar a ese niño tras su nacimiento o lo amamanta efectivamente» (§ 43), aunque puedan existir disposiciones legislativas, reglamentarias o administrativas estatales más favorables. Además, se indica que esta interpretación de la directiva de la Unión Europea no consagra ninguna discriminación por razón de sexo (§ 54).

En el asunto *Z. y A Government department y The Board of management of a community school* se cuestiona, en resumen del Abogado General Nils Wahl, si «si el derecho de una mujer que ha tenido a su hija biológica por maternidad subrogada a disfrutar de un permiso retribuido equivalente al permiso por maternidad o adopción está protegido *con arreglo al Derecho de la UE*»<sup>76</sup>, aunque también se cuestione, expresamente, que las directivas afectadas vulneren derechos fundamentales consagrados en la Carta (especialmente, el principio de igualdad). El hecho es que no podía gestar por sí misma al carecer de útero. Comienza el Abogado General recordando que la Directiva 92/85 protege a las mujeres embarazadas y que han dado a luz, lo que no es aplicable a la trabajadora afectada<sup>77</sup>, aunque los Estados pueden ofrecer una protección más amplia (apartado 49). Y ello no resulta discriminatorio, porque tampoco favorece a las madres adoptantes ni a los padres (apartado 51).

---

<sup>73</sup> DOCE 348, de 28 de noviembre de 1992, pp. 1 ss.

<sup>74</sup> Conclusiones de la Abogada General Kokott evacuadas el 26 de septiembre de 2013 en relación con el caso C.D. contra S.T., asuntos C-167/12, apartado 90.

<sup>75</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 18 de marzo de 2014 en el caso C. D. y S. T. (asunto C-167/12).

<sup>76</sup> Conclusiones evacuadas el 26 de septiembre de 2013 relacionadas con el asunto C-363/12, apartado 38. El subrayado corresponde al original.

<sup>77</sup> *Ibidem*, apartados 45-46. En definitiva, «la Sra. Z no está comprendida en el ámbito de aplicación *ratione personae* de la Directiva 92/85» (apartado 50 *in fine*).

El Abogado General considera que no altera esta conclusión la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación<sup>78</sup>, puesto que «un hombre padre de un niño nacido mediante maternidad subrogada (o incluso de cualquier otro modo) sería tratado exactamente de la misma forma que la Sra. Z en una situación comparable»<sup>79</sup>. Tampoco existe «ninguna disposición en la legislación de la UE que obligue a los Estados miembros a conceder un permiso retribuido a los padres adoptivos» (apartado 65), que podría ser un supuesto comparable con el habido, aunque también podrían darse diferencias de tratamiento entre ambos por parte del Derecho nacional (apartado 67). Dado que la pretensión de la actora se sitúa en el Derecho nacional y no de la Unión Europea, no resulta preciso examinar la compatibilidad de una directiva con determinadas disposiciones de los Tratados (artículos 3.3 TUE y 8 y 157 TFUE) y de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (artículos 21, 23, 33 y 34) que no son aplicables al caso que nos ocupa (apartados 70 ss.).

Y tampoco puede defenderse, a juicio del Abogado General, la aplicación de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación<sup>80</sup>, que trata de paliar las situaciones de discapacidad que suponen un obstáculo para ejercer una actividad profesional<sup>81</sup>, lo que no ocurre en el presente caso<sup>82</sup>.

El Tribunal de Justicia (Gran Sala) mantiene en el caso Z y A *Government Department, The Board of management of a community school*<sup>83</sup> que no se ha producido discriminación de género alguna en el caso que nos ocupa, en el que se niega permiso de maternidad a una mujer que, careciendo de útero, ha recurrido a la gestación subrogada para tener descendencia. En efecto, no hay discriminación ni directa, ya que «un hombre que fuera padre de un niño gracias a un convenio de gestación por sustitución sería tratado de la misma forma que una madre subrogan-

<sup>78</sup> DOUE 204, de 26 de julio de 2006, pp. 23 ss.

<sup>79</sup> Conclusiones evacuadas el 26 de septiembre de 2013 en relación con el asunto C-363/12, apartado 63.

<sup>80</sup> DOCE 303, de 2 diciembre de 2000, pp. 16 ss.

<sup>81</sup> Conclusiones evacuadas el 26 de septiembre de 2013 en relación con el asunto C-363/12, apartado 96. En todo caso, resulta «difícil aceptar que pueda inferirse del artículo 5 de la Directiva 2000/78 una obligación del empresario de conceder un permiso laboral retribuido» (*ibidem*, apartado 104), medida que además se considera desproporcionada y lesiva para el empresario (apartado 108). Tampoco se vincula el permiso con la limitación de la recurrente (apartado 109).

<sup>82</sup> De ahí que las normas de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad no les afecten, dado que no recoge disposiciones incondicionales y suficientes precisas (*ibidem*, apartado 114. Ver también los 116-119).

<sup>83</sup> Sentencia de 18 de marzo de 2014 en el caso Z y A *Government Department, The Board of management of a community school* (asunto C-363/12)

te en una situación comparable» (§ 52) ni indirecta, puesto que «ningún dato obrante en los autos permite apreciar que la denegación de la concesión del permiso en cuestión perjudique especialmente a las trabajadoras en comparación con los trabajadores» (§ 54). La Sala recuerda, además, que la Sentencia C. D. ya ha declarado que la Directiva 92/85 no impone que los Estados confieran un permiso de maternidad a una trabajadora que ha tenido descendencia a través de la gestación subrogada (§ 58). Por otra parte, la Directiva 2006/54 no obliga a los Estados a establecer permisos de paternidad y/o de adopción (§ 62). Y dado que esta norma no resulta aplicable, no resulta preciso pronunciarse sobre su validez a la vista de diversas disposiciones recogidas en los Tratados y en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (§ 64). Finalmente, en relación con la Directiva 2000/78 se recuerda que debe ser interpretada de conformidad con la Convención de la ONU (§ 75). Aunque la afectada, que carece de útero, pueda sufrir un grave sufrimiento por tal dolencia, «el concepto de “discapacidad”, en el sentido de la Directiva 2000/78, supone que la limitación que aqueja a la persona, al interactuar con diversas barreras, pueda impedir su participación plena y efectiva en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores» (§ 80), lo que no es el caso. Dado que no le es aplicable la directiva, tampoco resulta preciso examinar su validez desde la perspectiva de su compatibilidad ni con el Derecho originario (§ 83) ni con la citada Convención (que no contiene disposiciones incondicionales y suficiente precisas, § 83).

Hemos visto como, mientras que, en el Derecho español, se acepta con naturalidad que el permiso de maternidad debe operar también en los supuestos de gestación subrogada, en el Derecho de la Unión Europea se limita la protección a la mujer embarazada que da a luz<sup>84</sup>. Esta aparente discrepancia se explica, en principio, por el distinto bien protegido en uno y otro ordenamiento. Mientras que el Derecho español centra su doctrina en el cuidado del recién nacido, la normativa de la Unión pretende proteger la posición de la mujer trabajadora que decide gestar un hijo y dar a luz. Y estos enfoques diferentes pueden originar la paradoja de que mientras la mujer gestante que alumbró un hijo para otros padres intencionales no pudiera beneficiarse del permiso de maternidad de acuerdo con el Derecho español, sí le sea aplicable la normativa de la Unión. Y claro, explica también lo contrario, que es, precisamente, lo que ha pasado: que la madre de intención se vea beneficiada por una norma estatal que no venga exigida por el Derecho de la Unión.

Esta diferencia de tratamiento no carece enteramente de sentido, si se acepta que el permiso de maternidad es una medida que persigue diversos fines a la vez,

---

<sup>84</sup> Sobre la jurisprudencia comunitaria y su incidencia en el Derecho español puede consultarse HIERRO HIERRO, Francisco Javier: «Prestaciones de Seguridad Social y nuevas formas de familia: la jurisprudencia comunitaria sobre la maternidad subrogada». *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social* 127 (2017), pp. 95 ss., disponible en [https://expinterweb.empleo.gob.es/libreriavirtual/alldescargas.action?f\\_codigo=W0141727&codigoOpcion=3](https://expinterweb.empleo.gob.es/libreriavirtual/alldescargas.action?f_codigo=W0141727&codigoOpcion=3).

como son la recuperación física de la madre (gestante) y el cuidado del bebé (por parte de la madre gestante o intencional). Sin embargo, conviene recordar que, según reza el artículo 24.2 CDFUE, «en todos los actos relativos a los niños llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del niño constituirá una consideración primordial». Si el Tribunal de Justicia de la Unión Europea aceptara que un permiso de maternidad afecta al recién nacido, o al menor (en el caso de adopción), podría permitirse reconsiderar el alcance de una norma primigeniamente dirigida a proteger a la mujer trabajadora embarazada. Es cierto que estaríamos ante una interpretación constructiva en una materia, además, polémica<sup>85</sup>, por lo que puede comprenderse la prudencia mostrada por el Tribunal de Luxemburgo.

En todo caso, lo que queríamos demostrar es que, en el Derecho español, como ha ocurrido también en Francia, pese a que la gestación subrogada es un contrato nulo y constituye una acción tipificada penalmente, se han extraído consecuencias jurídicas de la misma. Se ha facilitado la inscripción de menores gestados en el extranjero<sup>86</sup>, y se han reconocido prestaciones sociales para los padres de intención.

Conviene señalar, además, que esas consecuencias se asegurarían en cualquier Estado que sea parte del Consejo de Europa si (a) se mantiene un vínculo biológico entre un progenitor y el recién nacido y/o (b) se acredita la existencia de una vida familiar *de facto* que derive de una convivencia prolongada antes de iniciar los trámites para su inscripción en el registro civil español. Sería, en efecto, impensable que el Tribunal de Estrasburgo avalara la separación de un menor que convive con sus padres intencionales durante un lapso temporal extenso. Por eso, y por otras razones, resulta preciso dar una respuesta positiva a la cuestión inicial planteada en el presente estudio.

## 5. RESULTA OPORTUNO DAR UN TRATAMIENTO JURÍDICO A LA GESTACIÓN SUBROGADA

Aunque podría ponerse aquí punto y final al presente estudio, puede ser conveniente ahondar en las razones que motivan la conveniencia de regular la cuestión y esbozar algunas orientaciones que, a nuestro modesto entender, podrían guiar, en su caso, dicha normativa.

---

<sup>85</sup> Ver apartado 120 de las Conclusiones del Abogado General Nils Wahl evacuadas el 26 de septiembre de 2013 en relación con el asunto C-363/12.

<sup>86</sup> No nos parece posible no hacerlo, la verdad, si se piensa en su interés superior. A nuestro modesto entender, la sanción del fraude de Ley de los padres comitentes de valerse de la maternidad subrogada en el exterior, por estar prohibida en nuestro país, no puede imponerse al menor, ajeno a la conducta y que merece una especial protección. En contra, SALAZAR BENÍTEZ, Octavio: «La gestación », *cit.*, p. 113.

Desde una perspectiva general, resulta absurdo no regular lo que está ocurriendo<sup>87</sup>. Es tanto como desconocer la realidad. Si dos ordenamientos jurídicos que han tratado de impedir la práctica de la gestación subrogada con normas claras y contundentes, han fracasado con total éxito, es legítimo pensar que a lo mejor la dirección seguida no es la más acertada<sup>88</sup>. Esta razón bastaría, con carácter general<sup>89</sup>, para

<sup>87</sup> En muchos trabajos se hace notar esa divergencia entre lo que se deriva de las normas y lo que ocurre en la realidad. Ver, por ejemplo, LAMM, Eleonora: «Gestión por sustitución: Realidad y Derecho». *Indret* 2012/3, disponible en <https://docplayer.es/4497161-Indret-gestion-por-sustitucion-eleonora-lamm-analisis-del-derecho-realidad-y-derecho.html>, en relación con Argentina y CERVILLA GARZÓN, María Dolores: «Gestión subrogada y dignidad de la mujer». *Actualidad Jurídica Iberoamericana* 9 (2018), pp. 10 ss, y EMALDI CIRIÓN, Aitziber: «La maternidad subrogada vulnera el principio constitucional de la seguridad jurídica. La imperiosa necesidad de buscar una solución al problema español: cambio legislativo o cumplimiento de la Ley». *Dilemata* 28 (2018), pp. 123 ss., disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6694798&orden=0&info=link>, en relación con nuestro país. Ver, también VILAR GONZÁLEZ, Silvia: «Las Sentencias », *cit.*, p. 248.

<sup>88</sup> Sin embargo, hay autores que piensan que hay que profundizar en la misma dirección, asegurando también la «nulidad de los contratos sea también aplicable a aquellos celebrados en el extranjero» [FERNÁNDEZ MUÑIZ, Pablo Ignacio: «Gestión subrogada, ¿cuestión de derechos? *Dilemata* 26 (2018), p. 36]. El autor, vocal del Comité de Bioética de España, afirma también que esta variación normativa «no produzca el efecto colateral de dejar desprotegidos a los niños que nacen de los procesos que estén en curso», lo que evidencia que el problema está en los niños habidos de tal proceso. Además, deben recordarse que nos vinculan los criterios establecidos por el Tribunal de Estrasburgo (sobre el vínculo biológico y la noción fáctica de vida familiar), lo que dificulta cualquier posición que decida no reconocer a los niños habidos en el extranjero a través de esta técnica. Por estas razones, nos parece muy difícil que se pueda lograr la prohibición global de esta técnica. Ver, en el mismo sentido del autor citado, GUERRA PALMERO, María José: «Contra la mercantilización de los cuerpos de las mujeres. La “gestación subrogada” como nuevo negocio transnacional». En *Dilemata* 26 (2018), pp. 39 ss., esp. p. 49, y la abundante bibliografía que se cita (disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6278543>). Esta última autora afirma que los defensores de la reglamentación están «condicionada y presionada por el lobby de la industria de la techno-reproducción», lo que no es el caso.

<sup>89</sup> Por supuesto, que hay quienes opinan que tanto la prostitución como la gestación subrogadas son ataques contra la mujer y se encuentran al servicio del (hetero)patriarcado y del capitalismo. En efecto, «Dos industrias comercializan funciones humanas básicas: la sexualidad y la reproducción. Asimismo, estas constituyen, como es el caso, la base de la opresión histórica de las mujeres y de su división permanente en “putas y santas”» (EKIS EDMAN, Kajsa: *El ser y la mercancía. Prostitución, vientres de alquiler y disociación*. Bellaterra. Barcelona, 2017, traducción del prefacio de la edición sueca de 2014 realizada por Susana ROSTAGNOL, en la «Revisión crítica» del citado volumen en *Papeles del CEIC* 2 (2018), disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6550966.pdf>). Sin embargo, hay indicios que permiten separar ambos fenómenos, como es que la prostitución es mayoritaria (aunque no exclusivamente) contratada por hombres, mientras que son muchas las mujeres que recurren a la gestación subrogada. Hay, sin embargo, quien ha ido más lejos, estableciendo «la gestación subrogada como ejemplo de los vínculos de opresión entre las mujeres y los animales no humanos», como María Isabel BALZA MÚGICA [en «Una biopolítica feminista de la carne». *Asparkia: investigación feminista* 33 (2018), pp. 27 ss., disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6697188.pdf>]. Son también críticas con la maternidad subrogada Ana MARRADES PUIG, Ana (en «La gestación », *cit.*, esp. pp. 235-240 y «El debate...», *cit.*, esp. p. 154), por entenderla incompatible con la dignidad, la libertad y la integridad de la mujer, entre otras razones y, por razones similares, Yolanda GÓMEZ SÁNCHEZ (en *El derecho a la reproducción humana*. Marcial Pons. Madrid, 1994, p. 141). En el mismo sentido GONZÁLEZ GRANADO, Javier: «La nulidad del contrato

repensar algunas decisiones recientes sobre otros fenómenos sociales que pueden plantear reparos morales y/o jurídicos<sup>90</sup>.

Esta misma conclusión se deriva del interesantísimo análisis de Derecho comparado recogido en la citada Opinión Consultiva del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Reflejaremos los principales datos que se aportan en el siguiente cuadro resumen, limitándonos aquí a señalar el conjunto de países examinados y remitiéndonos, en el detalle, al citado documento.

Se analiza la situación en los cuarenta y tres Estados que son parte del Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>91</sup>. Tras examinar en la primera línea si la maternidad subrogada está autorizada, tolerada o expresa o implícitamente prohibida, veremos, a continuación, en cuantos Estados se contempla el reconocimiento del padre (por vinculación genética) o de la madre de intención (aunque carezca de ésta) y concluiremos el análisis viendo si dicho reconocimiento se realiza mediante la inscripción en

---

de gestación subrogada. Razones jurídicas». Disponible en <http://tallerdederechos.com/contrato-de-gestacion-subrogada/> o SALAZAR BENÍTEZ, Octavio, que razona desde la perspectiva de género (en «La gestación », *cit.*, pp. 94 ss., 105 y 116-117).

Ana MARRADES PUIG sostiene, además, que hay recientes estudios e investigaciones que muestran que a través del embarazo se transmite carga genética, lo que complejiza, aún más, la cuestión (pp. 228 y 168 de los trabajos citados). Y en un artículo de prensa muy reciente se habla de un bebé con ADN de tres progenitores (además de los padres, de la mujer donante de óvulo) (Corral, Miguel G: «Investigadores españoles “crean” el primer bebé de tres progenitores para luchar contra la infertilidad». *El Mundo* de 11 de abril de 2019, disponible en <https://www.elmundo.es/ciencia-y-salud/salud/2019/04/11/5caf7cc8fc6c830f7d8b473d.html>).

Desde una perspectiva bien distinta se ha defendido que la gestación subrogada permite acabar con el paradigma de que gestar y criar a un niño son una misma cosa y permite separar la gestación del rol materno (Lamm, Eleonora: «Gestación por sustitución y género: repensando el feminismo. En GARCÍA MANRIQUE, Ricardo y BELBRAN PEDREIRA, María Elena: *El cuerpo diseminado: estatuto, uso y disposición de los biomateriales humanos*. Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 191 ss. y disponible en <https://aldiaargentina.microjuris.com/2018/12/03/repensando-la-gestacion-por-sustitucion-desde-el-feminismo/>). También se muestra partidario de la maternidad subrogada Gerardo RUIZ-RICO RUIZ, afirmando que «no tendría sentido restringir la autonomía individual de quienes desean alcanzar esa plenitud en su desarrollo personal mediante un acuerdo de voluntades para la gestación de una mujer con la que no se tiene relación o vínculo alguno convivencial o marital» (en «La problemática », *cit.*, p. 75).

<sup>90</sup> Estoy pensando, en particular, en la impugnación del sindicato denominado «Organización de Trabajadoras Sexuales», en siglas OTRAS, por parte de la asociación Plataforma 8 de marzo de Sevilla y de la Comisión para la investigación de malos tratos a mujeres, que ha dado lugar a que la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional declaró su nulidad en la Sentencia 174/2018, de 19 de noviembre, disponible en <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=AN&reference=8580902&links=sindicato%20OTRAS&optimize=20181122&publicinterface=true>. Aunque se comparta el rechazo al fenómeno de la prostitución, resulta legítimo dudar de que sea mejor negar el fenómeno (por cierto, alegal en nuestro país) que establecer normas que confieran cobertura social y asistencial a las personas afectadas.

<sup>91</sup> Son Albania, Alemania, Andorra, Armenia, Austria, Azerbaiyan, Bélgica, Bosnia-Herzegovina, Bulgaria, Chipre, Croacia, España, Estonia, Finlandia, Georgia, Grecia, Hungría, Irlanda, Islandia, Italia, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Malta, República de Moldova, Mónaco, Montenegro, Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal, República de Macedonia, República Checa, Rumania, Reino Unido, Rusia, Serbia, Eslovaquia, Eslovenia, Suecia, Turquía y Ucrania (Opinión consultiva citada, § 22).

el registro civil, por una específica resolución judicial o, finalmente, mediante adopción (aunque es posible que el Estado contemple más de uno de estos medios)<sup>92</sup>.

Autorizada	Tolerada	Prohibida	Total	
9	10	24	43	Tratamiento jurídico
19		12	31	Permite establecer paternidad padre intención (con vínculo genético)
12		7	19	Permite establecer maternidad madre de intención (sin vínculo genético)
16 / 19		7/24 (si vínculo genético)		Establecimiento mediante inscripción
19/19		9/24		Establecimiento por decisión judicial distinta de la adopción
5/19		12/24		Establecimiento mediante adopción, sin que deba existir vinculación genética en todo caso

A la vista de estos datos, es evidente que estamos ante una realidad social que exige ser regulada, con independencia del reparo que cada uno tenga.

Pero es que, además, como ya se ha visto, la cuestión aquí planteada no presenta, para muchas personas, reparo moral alguno. Estamos en presencia de un tema que mantiene defensores y detractores en personas que forman parte de todo el espectro político, y que ha calado en la sociedad (tanto en los hombres como en las mujeres, y con independencia de su orientación sexual<sup>93</sup>).

La situación actual recuerda en mucho, a lo acaecido en los años setenta y ochenta del siglo pasado, con el aborto. Como se recordará en aquél momento la interrupción voluntaria del aborto estaba sancionada en nuestro país, y no era infrecuente que las mujeres tuvieran que viajar a Londres para poder hacer lo que aquí se les impedía. De hecho el Tribunal Constitucional tuvo que declarar «el derecho de los recurrentes a no ser condenados en España por el aborto cometido en el extranjero»<sup>94</sup>. Lo más relevante

<sup>92</sup> El cuadro es un resumen de los §§ 23 y 24, en los que se concretan los países que se integran en cada apartado del cuadro adjunto.

<sup>93</sup> En el primer muestreo realizado en nuestro país, participan más hombres que mujeres (65,1 % y 34,9 %, pero la presencia de estas últimas no deja de ser significativa), de las que se declaran homosexuales una leve mayoría (50,9 % sobre el 46,2 %). En Morero Beltrán, Anna María: «Características », *cit.*, pp. 9 Frente a la creencia popular, recurren más a ella las parejas heterosexuales que las homosexuales (80-85 % frente al 15-20 %) (*ibidem*, p. 10). La mayoría de las personas encuestadas están casadas (81,2 %), tienen pareja (95 %) y conviven con ella (92,7 %). (*idem*). De hecho, la tramitación se hace muy habitualmente en pareja (89,8 %) (*ibidem*, p. 11).

<sup>94</sup> Fallo de la STC 75/1984, de 27 de junio de 1984. Y el autor de este trabajo no ha sido capaz de localizar una sola condena penal que aplique el artículo 221.2 CP.

es que, en aquellos momentos, al igual que ocurre ahora con la gestación subrogada, se pueda denunciar, como hace el Tribunal Supremo, con toda razón, la existencia de una «*ciudadanía censitaria* en la que solo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría de la población»<sup>95</sup>. Lo que se afirma es que la regulación actual no impide la gestación subrogada, sino que la reserva a aquellas personas o parejas que tengan un cierto nivel adquisitivo (o, cuando menos, de endeudamiento) y, además, tampoco regula ninguna garantía ni protección para las partes, con independencia de que sean nacionales<sup>96</sup>.

A la vista de estos datos se entenderá que se haya partido, en este epígrafe, de la conveniencia de regular en nuestro país la gestación subrogada<sup>97</sup>. Aunque se comprende perfectamente la posición moral de las personas que discrepan de esta técnica de reproducción asistida, como de las que no comparten que las mujeres deben decidir libremente si desean o no ser madres, la función del Derecho es, a nuestro modesto entender, regular las relaciones sociales, canalizándolas y delimitándolas. Luego los justiciables decidirán si se sirven o no de ellas. Solamente aquellas que producen un rechazo social muy mayoritario o protejan derechos fundamentales deben ser proscritas<sup>98</sup>.

Ya se ha visto que no ocurre esto necesariamente con la gestación subrogada. Por esta razón puede ser razonable pensar en su introducción en el Derecho

<sup>95</sup> Miguel Ángel PRESNO LINERA y Pilar JIMÉNEZ BLANCO hacen notar que la jurisprudencia que facilitara la inscripción de niños habidos por gestación subrogada en el extranjero «genera un verdadero elitismo socio-económico para el acceso a la filiación y fomenta el turismo gestacional» [en «Libertad, igualdad, ¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea». *Revista Española de Derecho Europeo* 51 (2014), pp. 9-44, disponible, como manuscrito, en <https://presnolinera.files.wordpress.com/2014/12/libertad-igualdad-maternidad-gestacion-por-sustitucion-3b3n-revista-es-pac3b1ola-de-derecho-europeo-nc2ba-51.pdf>, por el que se cita, p. 38].

<sup>96</sup> En este sentido, la no regulación de la gestación subrogada no solamente es neutra, sino que posibilita la efectiva lesión de derechos (eso sí, cometidos fuera de nuestras fronteras). Ver, en el plano doctrinal, LAMM, Eleonora: «Una vez más sobre gestación por sustitución, porque sin marco legal se siguen sumando violaciones a derechos humanos». En *Ars Iuris Salmanticensius* 2016\1, pp. 61 ss., disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5615145&orden=0&info=link>. Federico de MONTALVO JÄÄS-KELÄINEN entiende que regular la gestación subrogada comprometería el estatuto constitucional de la familia (en «Una reflexión sobre la oportunidad de regular la gestación subrogada desde la perspectiva de la familia como institución garantizada constitucionalmente». *Derecho y salud* 2017, Extra 1, pp. 26 ss., esp. 46-47, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6334682.pdf>).

<sup>97</sup> Se descarta, por quimérica, la pretensión de erradicar esta técnica del mundo mundial, ya que no nuestra capacidad de decisión es, por esencia, limitada, aunque haya sido patrocinada por autores y expertos (ver, ahora, por todos, *Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada*, de 19 de mayo de 2017, *cit.*). Bastaría con hacer notar, además, que las principales jurisdicciones de algunos Estados de nuestro entorno han declarado su constitucionalidad, por lo que sería complicado convencerles de algo en lo que ellos no creen. Nos remitimos, sin más, a la nota 99 del presente estudio.

<sup>98</sup> En directa conexión con esta cuestión está si se pueden oponer, y en qué medida, las normas de orden público estatal para condicionar actuaciones que son legales en terceros países. Conviene subrayar que mientras que los tribunales franceses hablan de principios del orden públicos que deben ser asegurados, los españoles aluden al orden público internacional español. Es evidente que estamos ante nociones no idénticas y en las que sería oportuno ahondar en el plano doctrinal.

español<sup>99</sup>. Y resulta también conveniente avanzar algunas<sup>100</sup> sugerencias sobre qué regulación sería más o menos respetuosa con nuestro marco constitucional<sup>101</sup>. Por

<sup>99</sup> En este sentido, resulta conveniente recordar que el Tribunal Constitucional portugués ha declarado la constitucionalidad de la gestación subrogada introducida en el Derecho luso a través de la Ley 25/2016, de 22 de agosto, aunque haya entendido que algunas de sus disposiciones son inconstitucionales. Sobre esta relevante resolución (Sentencia 225/2018, de 24 de abril, disponible en <https://dre.pt/application/file/a/115227161>) puede consultarse LAZCOZ MORATINOS, Guillermo: «Acerca de la constitucionalidad o no, de la maternidad subrogada: Sentencia 225/2018 del Tribunal Constitucional portugués». *Dilemata* 28 (2010), disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6694799&orden=0&info=link>, y VELA SÁNCHEZ, Antonio José: «Y el sueño se convirtió en pesadilla: el Tribunal Constitucional Portugués declara la inconstitucionalidad de la legislación sobre gestación por sustitución (I)». *Diario La Ley* 9237 (2018) y «Y el sueño se convirtió en pesadilla: el Tribunal Constitucional Portugués declara la inconstitucionalidad de la legislación sobre gestación por sustitución (II)». *Diario La Ley* 9250 (2018).

<sup>100</sup> Lamentablemente, existen otras cuestiones sobre las que no podemos avanzar una opinión por no disponer de ella. Así, por ejemplo, se ha sugerido que tenga que haber material genético de los comitentes para evitar que algunas mujeres deleguen las incomodidades derivadas del embarazo en otras (SALAZAR BENÍTEZ, Octavio: «La gestación», *cit.*, p. 110), pero tal previsión puede perjudicar a algunas personas y acaso podría ser evitada si se impone un trámite previo de autorización que debería ser negativa en un supuesto como el descrito. También discrepamos de la idea de que se reserve el proceso a personas nacionales (*ibídem*, p. 110), por entender que, si el proceso cuenta con las garantías previstas, no hay motivos que expliquen negar el mismo, cuando menos, a los residentes extranjeros que vivan en nuestro país.

<sup>101</sup> Otros autores apuestan también por la regulación de la gestación subrogada. Entre ellos destacan las obras de Leonora LAMM (*Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Universidad de Barcelona. Barcelona, 2013), Miguel Ángel PRESNO LINERA y Pilar JIMÉNEZ BLANCO (en «Libertad», *cit.*, p. 38), Daniel GARCÍA SAN JOSÉ, [«La gestación por sustitución y las obligaciones emanadas para los Estados parte en el Convenio Europeo de Derechos Humanos: repercusiones en el ordenamiento jurídico español del activismo y de la autolimitación judicial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con la gestación por sustitución». *Revista Española de Derecho Constitucional* 113 (2018), p. 127], Antonio José VELA SÁNCHEZ [«Crimen en el bar: regulemos ya en España el convenio de gestación por sustitución». *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia* 16 (2017), disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6347466.pdf>, y *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*. Comares. Granada, 2012] o Jesús Estebán CÁRCAR BENITO («La gestación por sustitución dentro del derecho a la asistencia sanitaria: su configuración y prioridad en una futura regulación». *Derecho y Salud* 2017, Extra 1, pp. 160 ss., esp. p. 172 ss., disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6334692.pdf>), entre otros. Esta postura también se mantiene desde sectores muy críticos con la gestación subrogada [Ver, VELÁZQUEZ, Lourdes: «Algunos aspectos acerca del consentimiento informado en la gestación subrogada». *Dilemática* 26 (2018), p. 23, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6278530.pdf>]. Dentro del Comité de Bioética español Carlos María Romeo Casabona no excluye abrir la gestación subrogada «a ciertas situaciones, siempre vistas como excepcionales» en el Voto que acompaña al *Informe sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada*, *cit.*, p. 90.

Por otra parte, hay un borrador elaborado por la Asociación por la Gestación Subrogada en España, que, aún en revisión, puede ser consultado en <http://gestacionsubrogadaenespana.es/index.php/2013-10-16-13-08-07/proposicion-de-ley> y una proposición de Ley presentada por el Grupo Parlamentario de Ciudadanos, cuyo texto puede ser consultado en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. Serie B, núm. 145-1*, disponible electrónicamente en [http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-145-1.PDF](http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-145-1.PDF), que no ha sido siquiera tomado en consideración. Las restantes iniciativas parlamentarias en la materia, con nulos resultados, son una pregunta oral (expediente 180/000651), ocho preguntas escritas (expedientes 184/035271, 184/024222, 184/017166, 184/017165, 184/013285, 184/013129, 184/003344 y 184/002319), un informe solicitado al Ministerio de Empleo y Seguridad Social (expediente 186/000486) y dos proposiciones no de Ley, rechazadas (expedientes 161/003649 y 161/001307).

eso se van a realizar algunas consideraciones que, ya se adelanta, generarán opiniones encontradas entre sus lectores. En cierta medida es inevitable que sea así. Nuestras recomendaciones, además de polémicas, son, también, provisionales. Es, obviamente, el legislador democrático el encargado de debatir, elaborar y, en su caso, aprobar las leyes. Nuestras ideas pueden ser útiles, eso sí, para el debate doctrinal y para situar algunos de los interrogantes que toda legislación sobre la gestación subrogada puede suscitar.

Realizadas estas precisiones previas, podemos entrar en materia.

En primer lugar, ¿debe optarse por una gestación subrogada retribuida o altruista? La primera pregunta que se suele realizar es si resulta constitucionalmente aceptable el comercio con el útero de una mujer. Es obvio que la opción de la gestación altruista elimina una buena parte de las objeciones al respecto<sup>102</sup>. No obstante, son muchos los que niegan la posible existencia de esta modalidad, puesto que sería difícilmente entendible, que una mujer asumiera el coste físico y psíquico que conlleva un embarazo y un parto *gratia et amore*<sup>103</sup>. Yo añadiría que además la delimitación retribución/altruismo no es evidente en esta materia, puesto que siempre se asume que los padres intencionales deben asumir los gastos derivados del cuidado de la gestante y del feto e indemnizar los perjuicios ocasionados en la gestante (por ejemplo, los laborales). Es probable que el legislador pueda encontrar un punto de equilibrio regulando la gestación subrogada en su modalidad altruista que contemple la posibilidad de resarcir los perjuicios (que no daños, como luego veremos) sufridos por la gestante. Se podría regular así una cuantificación por el propio legislador, que impida el lucro (al menos, el lucro excesivo) de la madre gestante, y que garantice, al tiempo, una indemnización razonable para ella. Somos conscientes de que esta regulación será tildada por unos como limitadora de la libertad de las partes para alcanzar un acuerdo y por otros como encubridora de una regulación que retribuye el uso del cuerpo de la mujer. Pero creemos que solamente un punto de equilibrio hará que la norma sea eficiente.

En segundo lugar, debe pensarse si la gestación subrogada debe dejarse a la libre voluntad entre las partes o si debe condicionarse su viabilidad a que concurran determinadas circunstancias. Parece que esta técnica deberá reservarse a aquéllos supuestos donde existe una imposibilidad de concebir de la(s) persona(s) comitente(s) por sí misma(s). No resulta razonable que su utilización se vincule, por ejemplo, con razones puramente estéticas o con no asumir las consecuencias de un embarazo si este es plausible.

---

<sup>102</sup> Se ampararía, así, la gestación que se haga «desde la generosidad» (SALAZAR BENÍTEZ, Octavio: «La gestación », *cit.*, pp. 107-109).

<sup>103</sup> Ver, como ejemplo, y por todos, MARRADES PUIG, Ana: «La gestación », *cit.*, pp. 224-225, cuando señala que se paga más en un modelo altruista como Canadá que en otro retribuido como es el de Ucrania. Yolanda GÓMEZ SÁNCHEZ considera que no es posible ver altruismo o desinterés en la transferencia de un recién nacido (en *El derecho...*, *cit.*, pp. 140-141).

En tercer lugar, debe garantizarse la libertad de actuación de las partes, para evitar situaciones de abuso de una parte sobre la otra. Y, en este sentido, la Ley podría imponer algunas cautelas materiales y procedimentales. Entre las primeras estaría algunos requisitos materiales que deben cumplir ambas. En la persona comitente se podría pedir una edad mínima y una decisión clara e incondicional. En la (futura) madre gestante, que haya sido previamente madre (para asegurarnos de que tenga claro a qué se compromete), y que exprese su acuerdo de forma clara. Resulta evidente que su compromiso debe ser libre y no estar viciado por presiones (de los padres comitentes o de otras personas), porque ello haría nulo el contrato de gestación.

En cuarto lugar, deben asegurarse los derechos de la madre gestante. Derechos a interrumpir el embarazo (restituyendo lo entregado por la contraparte) o a quedarse con el menor a su cargo (restituyendo lo entregado por la contraparte y excluyendo en este caso las responsabilidades futuras de los padres de intención sobre el menor<sup>104</sup>). La Ley debería contemplar otros supuestos, como es la pérdida del bebé. En este caso, podría entenderse que los padres de intención, además de no recuperar lo ya gastado, asumieran, en principio, los gastos sanitarios derivados de esta circunstancia.

En quinto lugar, deben asegurarse también los derechos del o de los padres de intención. Aquí se podría pensar si se debe excluir a una persona o colectivo, pero en nuestra opinión debería poder celebrar un contrato de gestación toda persona física, matrimonio, o pareja, con independencia del sexo y orientación sexual de sus miembros. Si todas ellas pueden adoptar, resulta lógico que también puedan recurrir a la gestación subrogada para tener descendencia. Por otra parte, los padres de intención no podrían echarse atrás una vez que el embarazo se ha producido (y esto es relevante por lo que luego diremos).

En sexto lugar, deben asegurarse también y destacadamente el interés superior del menor. Y esto explica que puedan imponerse limitaciones suplementarias a los padres de intención (por ejemplo, estableciendo una edad máxima para acudir a esta técnica de reproducción asistida, que posibilite una patria potestad eventual sobre el periodo infantil y juvenil del menor, o imponiendo un sumario examen de las condiciones psico-pedagógicas y socio-económicas, que aseguren un adecuado desarrollo del menor). También implica que los padres no pueden negarse a aceptar al menor que la madre gestante haya decidido parir, aunque sufra síndromes o enfermedades,

---

<sup>104</sup> Compartimos en este punto la tesis de Luís MUÑOZ DE DIOS SÁEZCE de que la gestante ni siquiera puede renunciar a su hijo en el momento del nacimiento, como parece deducirse del tenor literal empleado en el artículo 45 de la Ley 20/2011, sino que lo que se posibilita es su no inscripción hasta el momento en que decida darlo en adopción [ver MARRADES PUIG, Ana: «La gestación », *cit.*, p. 226]. Ver, en el mismo sentido, SALAZAR BENÍTEZ, Octavio: «La gestación », *cit.*, pp. 111-112. Es posible considerar que una cláusula previa que impida un cambio de criterio de la madre gestante sea una cláusula abusiva (*cfr.* GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda: *El derecho...*, *cit.*, p. 141) lo que nos impide considerar que sea conveniente optar por un modelo pre-birth, como defiende María José CABEZUDO BAJO en «Avances...», *cit.*, pp. 73 y 114.

y con independencia de que éstos hayan sido detectadas en el embarazo, o se hayan producido durante el parto.

En séptimo y último lugar, habría que someter todo el proceso a la previa autorización y seguimiento de instancias públicas (de carácter administrativa o, preferentemente, judicial<sup>105</sup>) y acabar así con las Agencias que se dedican a estas cuestiones<sup>106</sup>. De un lado, porque el Estado podría así garantizar todos los derechos a los que se ha hecho referencia con anterioridad y garantizar también el interés del menor. De otro, porque las agencias actúan con criterios empresariales que deben ser erradicados en una materia tan sensible como la que nos ocupa.

Si se aceptan todas estas sugerencias, se verán que unas y otras interactúan entre sí. Así, por ejemplo, hacen que la(s) persona(s) intencional(es) deba(n) tener una edad mínima (para asegurar la madurez necesaria) y no superar otra máxima (que garantice una expectativa del menor a ser cuidado y educado en el seno de su familia). Es seguro, sin embargo, que a la hora de redactar estas sugerencias podrán suscitarse otras cuestiones aquí no previstas<sup>107</sup>.

En todo caso, lo relevante es entender que, según nuestra opinión, no toda regulación de la gestación subrogada resulta incompatible con la dignidad de la mujer. Se trata, como casi siempre en el Derecho, de que éste sirva para canalizar las relaciones sociales y proteger los derechos de las partes en juego. Ojalá se pueda encontrar ese punto de equilibrio.

## 6. BIBLIOGRAFÍA CITADA

ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Noelia y CARRIZO AGUADO, David: «Tratamiento legal del contrato de gestación por sustitución en el Derecho internacional privado español a la luz de la STS de 6 de febrero de 2014. Dime niño, ¿de quién eres?». *La Notaria* 2014\2, pp. 59-75, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/4875741.pdf>.

BALZA MÚGICA, María Isabel: «Una biopolítica feminista de la carne». *Asparkia: investigación feminista* 33 (2018), pp. 27-44, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/6697188.pdf>.

<sup>105</sup> María José CABEZUDO BAJO subraya que la garantía judicial ofrece una extraordinaria seguridad jurídica a las partes (*Ibidem*, p. 73. Ver también p. 97).

<sup>106</sup> Octavio Salazar recuerda (En «La gestación », *cit.*, pp. 89-90, nota 20) que mientras que en algunos países hay una autorización previa por parte de un órgano judicial o comité específico que supervisa el cumplimiento de las condiciones previstas en la ley, en otros se regula exclusivamente la transferencia de la filiación post-parto. Es obvio que resulta más aconsejable optar por un modelo en el que haya una supervisión previa y externa del cumplimiento de las garantías previstas en la Ley y un seguimiento posterior del proceso. El autor opta finalmente, por un control judicial (*ibidem*, p. 109).

<sup>107</sup> Como pueden ser las consecuencias que se anuden al divorcio o muerte de las personas intencionales (ver CABEZUDO BAJO, María José: «Avances...», *cit.*, p. 95).

- BRUNET, Laurence BRUNET (dir.); CARRUTHERS, Janeen; DAVAKI, Konstantina; KIN, Derek; MARZO, Claire y MCCANDLESS, Julie: *El régimen de subrogación en los Estados miembros de la UE*. Informe disponible en [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2013/474403/IPOL-JURI\\_ET\(2013\)474403\(SUM01\)\\_ES.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2013/474403/IPOL-JURI_ET(2013)474403(SUM01)_ES.pdf).
- BRUNET, Laurence: «L'avis du CCNE no126 (15 juin 2017) sur les demandes sociétales de recours à l'assistance médicale à la procréation: un pas en avant et deux en arrière». *Médecine & Droit* 2018, pp. 5-9, disponible en <https://reader.elsevier.com/reader/sd/pii/S1246739117301112?token=7CFDD9AF2AB-404891F7CA5D39C4FEFD2AF53B19C3147E25534C3F2D358CBAB1E59C-4B7736E24AE57E594CA5BC5F65F8F>.
- CABEZUDO BAJO, María José: «Avances hacia una regulación de la gestación por sustitución en España en base al modelo regulado en el Estado de California». *Revista de Derecho y Genoma Humano. Genética, Biotecnología y Medicina Avanzada* 46 (2017), pp. 37-42.
- CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier: «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* 2011\1, pp. 247-262, disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/issue/view/287>.
- CALVO SOLER, Raúl: «La ineficacia de las normas jurídicas en la teoría pura del Derecho». *Isnomía* 27 (2007), pp. 171-194.
- CÁRCAR BENITO, Jesús Estebán: «La gestación por sustitución dentro del derecho a la asistencia sanitaria: su configuración y prioridad en una futura regulación». *Derecho y Salud* 2017, Extra 1, pp. 160 ss., esp. pp. 160-174, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6334692.pdf>.
- CATTO, Marie-Xavière: «La gestation pour autrui: d'un problème d'ordre public au conflit d'intérêts?». En *Revue des Droits de l'Homme* 2013/3, disponible en <http://revdb.files.wordpress.com/2013/06/7seminairecatto1.pdf>.
- CERVILLA GARZÓN, María Dolores: «Gestación subrogada y dignidad de la mujer». *Actualidad Jurídica Iberoamericana* 9 (2018), pp. 10-44.
- CORREAS, Óscar: «Kelsen y Gramsci o de la eficacia como signo de hegemonía». *Crítica Jurídica* 10 (1992), pp. 37-93.
- DÍAZ ROMERO, María del Rosario: *Autonomía de la voluntad y contrato de gestión subrogada. Efectos Jurídicos*. Aranzadi. Cizur Menor, 2018.
- DURÁN AYAGO, Antonia: «Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Mennesson c. France (núm. 65192/11) y caso Labassee c. France (núm. 65941/11) de 26 de junio de 2014: interés superior del menor y gestión por sustitución». *Ars Iuris Salmanticensis* 2014\2, pp. 280-282, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5060345&orden=0&info=link>.
- EKIS EDMAN, Kajsa: *El ser y la mercancia. Prostitución, vientres de alquiler y disociación*. Bellaterra. Barcelona, 2017.

- EMALDI CIRIÓN, Aitziber: «La maternidad subrogada vulnera el principio constitucional de la seguridad jurídica. La imperiosa necesidad de buscar una solución al problema español: cambio legislativo o cumplimiento de la Ley». *Dilemata* 28 (2018), pp. 123-135, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6694798&orden=0&info=link>.
- FERNÁNDEZ MUÑIZ, Pablo Ignacio: «Gestación subrogada, ¿cuestión de derechos?». *Dilemata* 26 (2018), pp. 27-37, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6278536.pdf>.
- FERRER VANRELL, María Pilar: «La discutible constitucionalidad de la instrucción de la DGRN 5-10-2010 sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos por gestación de sustitución». *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad* 2013\1, pp. 57-76, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5594816.pdf>.
- FLORES RODRÍGUEZ, Jesús: «Vientres de alquiler: más cerca de su reconocimiento legal en Europa. Comentario a la STEDH de 26 de junio de 2014, recurso núm. 65192/11». *Diario La Ley* 8363 (2014).
- FULCHIRON, Hugues y GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina: «Algunas reflexiones sobre la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 a la luz de la condena de Francia por el TEDH (Sentencias Labassée y Menesson de 26 de junio de 2014)». *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* 2015\3, pp. 67-108 (BIB 2015\1399).
- FULCHIRON, Hugues y GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina: «L'ordre public international à l'épreuve des droits de l'enfant: non à la GPA internationale, oui à l'intégration de l'enfant dans sa famille». *Revue Critique de Droit International Privé* 2014\3, pp. 531-558.
- GARCÍA ALGUACIL, María José: «¿Incoherencia legislativa o despropósito judicial?: a propósito de la STS de 6 de febrero de 2014». *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* 2014\3, pp. 79-110.
- GARCÍA SAN JOSÉ, Daniel: «La gestación por sustitución y las obligaciones emanadas para los Estados parte en el Convenio Europeo de Derechos Humanos: repercusiones en el ordenamiento jurídico español del activismo y de la autolimitación judicial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con la gestación por sustitución». *Revista Española de Derecho Constitucional* 113 (2018), pp. 103-130.
- GARCÍA SÁNCHEZ, Jesús David: «La prestación por maternidad en un supuesto de gestación subrogada». *Revista de Información Laboral* 9 (2017), pp. 75-87.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda: *El derecho a la reproducción humana*. Marcial Pons. Madrid, 1994.
- GONZÁLEZ GRANADO, Javier: «La nulidad del contrato de gestación subrogada. Razones jurídicas». Disponible en <http://tallerdederechos.com/contrato-de-gestacion-subrogada/>.
- GUERRA PALMERO, María José: «Contra la mercantilización de los cuerpos de las mujeres. La “gestación subrogada” como nuevo negocio transnacional». En

*Dilemata* 26 (2018), pp. 39-51, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6278543>.

HIERRO HIERRO, Francisco Javier: «Maternidad subrogada y prestaciones de seguridad social». *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo* 190 (2016), pp. 179-222.

HIERRO HIERRO, Francisco Javier: «Prestaciones de Seguridad Social y nuevas formas de familia: la jurisprudencia comunitaria sobre la maternidad subrogada». *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social* 127 (2017), pp. 95-120, disponible en [https://expinterweb.empleo.gob.es/libreriavirtual/descargas.action?f\\_codigo=W0141727&codigoOpcion=3](https://expinterweb.empleo.gob.es/libreriavirtual/descargas.action?f_codigo=W0141727&codigoOpcion=3).

ILIADOU, Marianna: «Surrogacy and positive obligations under the European Convention on Human Rights». *Revista Española de Derecho Europeo* 2017\2, pp. 127-160.

KELSEN, Hans: *Teoría pura del Derecho*. 4.<sup>a</sup> ed. Eudeba. Buenos Aires, 2009.

LAMM, Eleonora: «Gestación por sustitución y género: repensando el feminismo. En GARCÍA MANRIQUE, Ricardo y BELBRAN PEDREIRA, María Elena: *El cuerpo diseminado: estatuto, uso y disposición de los biomateriales humanos*. Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 191-220.

LAMM, Eleonora: «Gestación por sustitución: Realidad y Derecho». *Indret* 2012\3, pp. 1-49, disponible en <https://docplayer.es/4497161-Indret-gestacion-por-sustitucion-eleonora-lamm-analisis-del-derecho-realidad-y-derecho.html>.

LAMM, Eleonora: «Una vez más sobre gestación por sustitución, porque sin marco legal se siguen sumando violaciones a derechos humanos». En *Ars Iuris Salmanticensis* 2016\1, pp. 61-107, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5615145&orden=0&info=link>.

LAMM, Leonora: *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Universidad de Barcelona. Barcelona, 2013.

LAZCOZ MORATINOS, Guillermo: «Acerca de la constitucionalidad o no, de la maternidad subrogada: Sentencia 225/2018 del Tribunal Constitucional portugués». *Dilemata* 28 (2010), pp. 137-151, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6694799&orden=0&info=link>.

LE MAIGAT, Patrice: «Toujours pas de paix pour les “enfants fantômes de la République”». *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], *Actualités Droits-Libertés*, mis en ligne le 10 mars 2016, disponible en <http://revdh.revues.org/2039>.

MARRADES PUIG, Ana: «El debate sobre la gestación subrogada en España: entre el deseo, la dignidad y los derechos». *Revista Europea de Derechos Fundamentales* 30 (2017), p. 161, disponible en <http://journals.sfu.ca/redf/index.php/redf/article/view/435/422>.

MARRADES PUIG, Ana: «La gestación subrogada en el marco de la Constitución española: una cuestión de derechos». *Estudios de Deusto* 65\1 (2017), pp. 219-241, disponible en <http://revista-estudios.revistas.deusto.es/article/view/1320/1582>.

MIGUEL DÍEZ, Alejandro: «Análisis de la gestación subrogada a la vista de los últimos pronunciamientos del Tribunal Supremo». *Observatorio de Recursos Humanos*

- y *Relaciones Laborales* 130 (2018), pp. 72-73, disponible en <https://www.abdonpedrajas.com/pics/eventos/rllscc130.pdf>.
- MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Fedérico: «Una reflexión sobre la oportunidad de regular la gestación subrogada desde la perspectiva de la familia como institución garantizada constitucionalmente». *Derecho y salud* 2017, Extra 1, pp. 26-47, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/6334682.pdf>.
- MORERO BELTRÁN, Anna María: «Características de las familias creadas por gestación subrogada en el Estado español». *Papeles del CEIC* 2 (2018), pp. 1-27, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/6550963.pdf>.
- OLZA, Ibone: «Las secuelas psicológicas para el bebé en la gestación subrogada», disponible en [https://www.mentesana.es/psicologia/hijos/secuelas-psicologicas-bebe-gestacion-subrogada\\_1145](https://www.mentesana.es/psicologia/hijos/secuelas-psicologicas-bebe-gestacion-subrogada_1145).
- PANIZA FULLANA, Antonia: «Gestación por sustitución e inscripción de la filiación en el Registro Civil español: la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014». *Revista Doctrinal Civil-Mercantil* 2014\1, pp. 59-67.
- PERTUSA RODRÍGUEZ, Luis: «Dimensión consular de la gestación por sustitución en Derecho internacional privado». *Cuadernos de Derecho Transnacional* 2018\2, pp. 597-614, disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/issue/view/562>.
- PRESNO LINERA, Miguel Ángel y JIMÉNEZ BLANCO, Pilar: «Libertad, igualdad, ¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea». *Revista Española de Derecho Europeo* 51 (2014), pp. 9-44, disponible, como manuscrito, en <https://presnolinera.files.wordpress.com/2014/12/libertad-igualdad-maternidad-gestacion-por-sustitucion-revista-espac3b1o-la-de-derecho-europeo-nc2ba-51.pdf>.
- QUIÑONES ESCÁMEZ, Ana: «Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada». *Indret* 2009, pp. 1 ss., disponible en [http://www.indret.com/pdf/657\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/657_es.pdf).
- ROMEO CASABONA, Carlos María: «Aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada: voto particular al Informe del Comité de Bioética de España». *Revista de Derecho y Genoma Humano. Genética, Biotecnología y Medicina Avanzada* 46 (2017), pp. 37-42.
- ROSTAGNOL, Susana: «Ekman, Kajsa Ekis. El ser y la mercancía. Prostitución, vientres de alquiler y disociación. Barcelona: Bellaterra, 2017, 251 pp.». *Papeles del CEIC* 2 (2018), p. 10, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/6550966.pdf>.
- RUIZ-RICO RUIZ, Gerardo: «La problemática constitucional derivada de las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA): el caso de la maternidad subrogada». *Revista de Derecho Político* 99 (2017), pp. 49-78. Disponible en <http://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/19306/16191>.
- SALAZAR BENÍTEZ, Octavio: «La gestación por sustitución desde una perspectiva jurídica: algunas reflexiones sobre el conflicto entre deseos y derechos». *Revista de Derecho Político* 99 (2017), pp. 79-120, disponible en <http://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/viewFile/19307/16192>.

- TALAVERA FERNÁNDEZ, Pedro A: «Maternidad subrogada: ficción jurídica contra verdad biológica». *Revista de Derecho y Genoma Humano. Genética, Biotecnología y Medicina Avanzada* 46 (2017), pp. 197-231.
- TORRES PEREA, José Manuel de: «Comentario de la STS de 6 de febrero de 2014 sobre maternidad por sustitución desde la perspectiva del interés del menor». *Diario La Ley*, 8281 (2014)
- VÁZQUEZ MUIÑA, Tania: «No se puede inscribir en el Registro Civil español la filiación surgida en el extranjero mediante gestación por sustitución. Comentario a la STS de 6 de febrero de 2014». *Actualidad Jurídica Iberoamericana* 8 (2018), pp. 80-96.
- VELA SÁNCHEZ, Antonio José: «¿En serio? Yo alucino con el comité: a propósito del «Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada» de 19 de mayo de 2017». *Diario La Ley* 9035 (2017).
- VELA SÁNCHEZ, Antonio José: «¿Ha variado el TEDH su Doctrina favorable a los convenios de gestación por sustitución realizados en países que legalmente los permiten?». *Diario La Ley* 8953 (2017).
- VELA SÁNCHEZ, Antonio José: «Crimen en el bar: regulemos ya en España el convenio de gestación por sustitución». *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia* 16 (2017), 20 pp., disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6347466.pdf>.
- VELA SÁNCHEZ, Antonio José: «Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución no pueden ser inscritos en el Registro Civil español». *Diario La Ley* 8279 (2014).
- VELA SÁNCHEZ, Antonio José: «Soluciones prácticas para la eficacia en España de un convenio de gestación por encargo». *Diario La Ley* 8309 (2014).
- VELA SÁNCHEZ, Antonio José: «Y el sueño se convirtió en pesadilla: el Tribunal Constitucional Portugués declara la inconstitucionalidad de la legislación sobre gestación por sustitución (I)». *Diario La Ley* 9237 (2018).
- VELA SÁNCHEZ, Antonio José: «Y el sueño se convirtió en pesadilla: el Tribunal Constitucional Portugués declara la inconstitucionalidad de la legislación sobre gestación por sustitución (II)». *Diario La Ley* 9250 (2018).
- VELA SÁNCHEZ, Antonio José: *Gestación por encargo: tratamiento judicial y soluciones prácticas: la cuestión jurídica de las madres de alquiler*. Reus. Barcelona, 2015.
- VELA SÁNCHEZ, Antonio José: *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*. Comares. Granada, 2012.
- VELÁZQUEZ, Lourdes: «Algunos aspectos acerca del consentimiento informado en la gestación subrogada». *Dilemática* 26 (2018), pp. 15-25, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6278530.pdf>.
- VILAR GONZÁLEZ, Silvia: «Las Sentencias de 27 de enero de 2015 y de 24 de enero de 2017 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso «Paradiso y Campanelli contra Italia» y la vulneración del derecho a la vida privada y familiar en materia de gestación subrogada». *Revista de Derecho y Genoma Humano. Genética, Biotecnología y Medicina Avanzada* 46 (2017), pp. 235-249.

**Title:**

Does it be convenient to give a legal treatment to gestational surrogacy in our country?

**Summary:**

1. Intentions. 2. The social and political discussion on gestational surrogacy. 3. The gestational surrogacy in France. 4. And what has happened in Spain in relation to the gestational surrogacy. 5. It's appropriate to give a legal treatment to the gestational surrogacy. 6. Bibliography quoted

**Resumen:**

Este trabajo tiene su origen en una paradoja: aunque la gestación subrogada constituye en nuestro país un contrato nulo y que puede originar responsabilidades penales, hoy vienen más niños españoles a este mundo siguiendo esta técnica que la de la adopción. Dea ahí que siga teniendo sentido preguntarse si resulta oportuno dar un tratamiento jurídico a la gestación subrogada. En el estudio se recuerdan las posiciones manejadas por los partidos políticos, y la evolución de la cuestión en Francia y España, también en lo que afecta a la inscripción en el registro civil español de menores nacidos fuera de nuestras fronteras y en los derechos vinculados a su cuidado. Se da especial relevancia a las resoluciones del Tribunal de Estrasburgo (además de las clásicas Labasse y Manesson, la reciente opinión consultiva emitida el pasado mes de abril) y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Tras un profundo análisis legal, jurisprudencial y doctrinal se defiende la conveniencia de realizar una regulación garantista de la gestación subrogada en nuestro país.

**Abstract:**

This work has its origin in a paradox: although the gestational surrogacy constitutes in our country a null contract and that can originate criminal responsibilities, today more Spanish children come to this world following this technique than that of adoption. Hence, it still makes sense to ask if it is appropriate to give legal treatment to the gestational surrogacy. The study recalls the positions handled by the political parties, and the evolution of the issue in France and Spain, also in what concerns the registration in the Spanish civil registry of minors born outside our borders and in the rights linked to the take care of them. Particular importance is given to the decisions of the Strasbourg Court (in addition to the classic Labasse and Manesson judgments, the recent advisory opinion issued last April) and the Court of Justice of the European Union. After a thorough legal, jurisprudential and doctrinal analysis, the convenience of carrying out a guarantee regulation of the gestational surrogacy in our country is defended.

**Palabras clave:**

gestación subrogada, vida familiar, vida privada, derechos humanos, nacionalidad, filiación, registro civil, permiso de maternidad

**Key words:**

gestational surrogacy, family life, private life, human rights, nationality, filiation, civil registry, maternity leave