

GESTACIÓN SUBROGADA Y DIGNIDAD DE LA MUJER

*SUBROGATE GESTATION AND DIGNITY OF WOMEN*

*Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 9, agosto 2018, ISSN: 2386-4567, pp. 10-43*



Dra. María  
Dolores  
CERVILLA  
GARZÓN

ARTÍCULO RECIBIDO: 18 de mayo de 2018  
ARTÍCULO APROBADO: 30 de junio de 2018

**RESUMEN:** La situación de la gestación subrogada en España demanda una actuación por parte de nuestros legisladores y/o de nuestros poderes públicos. El motivo es que no se está respetando el marco normativo actual en el que existe una clara prohibición del contrato de maternidad subrogada. En este trabajo se realiza un análisis de la situación en España y en otros países, para concluir desde el derecho a la dignidad de la mujer, que posibles actuaciones pudieran tomarse para adecuar la realidad al Derecho.

**PALABRAS CLAVE:** Gestación por sustitución, dignidad de la mujer, filiación.

**ABSTRACT:** *The situation of the surrogate pregnancy in Spain demands action by our legislators and / or our public authorities. The reason is that the current legal system in which there is a ban of the surrogacy contract is not being attended. In this issue an analysis of the situation in Spain and in other countries is made, to conclude from the right to the dignity of women, that possible actions could be taken to adapt the reality to the legal system.*

**KEY WORDS:** *Surrogate pregnancy, the right to the dignity of women, filiation.*

**SUMARIO.- I. LA GESTACIÓN SUBROGADA: ¿UNA OPCIÓN DE POLÍTICA LEGISLATIVA?**  
**II. UNA APROXIMACIÓN AL DERECHO COMPARADO: CALIFORNIA Y PORTUGAL.- I.** Gestación subrogada en el Estado de California.- A) El régimen jurídico diseñado a partir de los “cases law”.- B) Los artículos 7890, 7891 y 7892 del Código de Familia de California.-  
**2.** La regulación de la gestación subrogada en Portugal: la Ley n° 25/2016 de 22 de agosto tras la sentencia del Tribunal Constitucional de 24 abril de 2018.- **III. LA “SURREALISTA” SITUACIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN ESPAÑA: DE LA PROHIBICIÓN A LA INSCRIPCIÓN.- I.** La prohibición: El caso de la pareja valenciana que propició las únicas sentencias sobre la materia del Tribunal Supremo.- **2.** La inscripción: La Instrucción de la DGRN 2010 y la inexistencia de ningún pronunciamiento judicial al respecto.- **3.** La gestación subrogada en los Tribunales Europeos.- **4.** La situación actual de no Derecho y cómo salir de ella.- **IV. CONCLUSIÓN: LA DIGNIDAD DE LA MUJER GESTANTE, ÚNICO LÍMITE CONSTITUCIONAL.**

## I. LA GESTACIÓN SUBROGADA: ¿UNA OPCIÓN DE POLÍTICA LEGISLATIVA?

Mucho se ha escrito de la gestación subrogada<sup>1</sup>, pues no en vano es un tema de creciente actualidad que ocupa (porque no creo que “preocupe”) a los juristas y a los ciudadanos. En este contexto, no es una sorpresa que se suscite el debate. Máxime cuando en 1988, año de publicación de la primera Ley de Reproducción Asistida (a partir de ahora LRA), el legislador optó por desvincular la filiación del hecho biológico de la concepción, y lo conectó al consentimiento del varón, y,

<sup>1</sup> Sin pretender ser exhaustiva, me gustaría destacar algunos autores y trabajos, referentes, a mi juicio en la materia. LAMM, E.: *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada, ni vientres de alquiler*, Ed. Universidad de Barcelona, 2013, “Gestación por sustitución: realidad y Derecho, *InDret*, n° 3, 2012, pp. 1-49, “Parámetros jurisprudenciales en los casos de gestación por sustitución internacional. Los lineamientos del TEDH y sus repercusiones en el contexto global”, *Revista de Bioética y Derecho*, n° 37, pp. 149-170; DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “Notas sobre la gestación por sustitución en el Derecho español”, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n° 4, febrero 2016, pp. 349-357; CORRAL GARCÍA, E.: “El derecho a la reproducción humana. ¿Debe permitirse la maternidad subrogada?”, en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 38/2013 y “Los menores nacidos mediante gestación por sustitución no pueden ser inscritos en el Registro Civil. Comentario a la STS de 6 de febrero 2014”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n° 744, pp. 1910-1923; VELA SÁNCHEZ, A.J.: “Problemas prácticos del convenio de gestación por sustitución o maternidad subrogada en nuestro ordenamiento jurídico”, *Revista de Derecho de familia*, n° 53, pp. 63-86, “La gestación por encargo desde el análisis económico del Derecho: medidas anticrisis desde el Derecho de familia”, *Diario La Ley*, n° 8055, 2013, “¿En serio? Yo alucino con el Comité: a propósito del Informe del Comité de Bioética de España sobre aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada”, en *Diario La Ley*, n° 9035, 2017, pp. 1 y ss; LASARTE ÁLVAREZ, C.: “La reproducción asistida y la prohibición legal de maternidad subrogada admitida de hecho vía reglamentaria”, *Diario La Ley*, n° 7777, 2012; RONCESVALLES BARBER C.: “La legalización administrativa de la gestación por sustitución en España (Crónica de una ilegalidad y remedios para combatirla)”, *RCDI*, n° 739, pp. 2905-2950.

• María Dolores Cervilla Garzón

Catedrática de Derecho Civil, Universidad de Cádiz, dolores.cervilla@uca.es

posteriormente, al de una de las mujeres, se quedó sin argumentos para impedir, en su día, ir más allá de lo estrictamente regulado<sup>2</sup>.

Se discutió, entonces, si existía un derecho a procrear en nuestra Constitución que justificara la aprobación de la LRA en 1988 y poder afirmar que el legislador actuaba a “impulso constitucional”. Esta perspectiva es, sin duda, la más cómoda para abordar el tema, pues si es la Constitución la que “impone”, el legislador queda respaldado y no tiene por qué argumentar ante los ciudadanos (potenciales electores) una opción cuestionada por sectores más conservadores y aplaudida por otros más progresistas. En otras palabras, más coloquiales, pero no por ello menos expresivas, se trataba de “echarle la culpa a la Constitución”, de manera que fuera la Carta Magna la última culpable-responsable de una Ley que nunca fue del gusto de todos.

Pero, por más vueltas que quisiera darse al texto constitucional, por más forzada que fuera su lectura, no hubo forma de ubicar un derecho a ser padres que sirviera de sustento a la elección del legislador y que, de forma unánime, fuera así reconocido por la doctrina científica<sup>3</sup>. Es verdad que existe todo un argumentario para sustentar esta tesis, aunque, a mi juicio, ninguna presenta una solvencia que permita mantener esta afirmación<sup>4</sup>.

Ahora bien, el hecho de que la normativa actual no obedezca a una exigencia constitucional no quiere en modo alguno significar que no se acomode a los límites establecidos en la Carta Magna. En este sentido, la LRA fue objeto de recurso de inconstitucionalidad que resolvió, en su día, el Tribunal Constitucional de forma favorable a la constitucionalidad de la ley<sup>5</sup>.

Está claro, pues, que la actual normativa sobre reproducción asistida, fruto de la voluntad del legislador, se adecúa a los parámetros constitucionales; incluida la prohibición de gestación subrogada del art. 10. No obstante, esta situación no tiene por qué permanecer inalterable, ya que el marco constitucional pudiera, quizás, admitir otra regulación distinta de la que, actualmente, se contiene en la LRA.

---

2 Esta forma de proceder se corresponde con una concepción anglosajona de la reproducción asistida sin relación alguna con el carácter terapéutico que impregna la concepción continental de la misma.

3 Por todos, PANTALEÓN PRIETO, F.: “Técnicas de reproducción asistida y Constitución”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* 129 Núm. 15. Mayo-agosto 1993, pp. 129-160, concretamente pp. 129-135. Desde una perspectiva comparada, MENGUAL, A.: “La maternidad subrogada”, *Revista Internacional de Derechos Humanos*, n. 6, 2016, pp. 231-251, concretamente pp. 243-244 niega, incluso, la existencia de tal derecho en Derecho internacional.

4 Sin embargo, algunas que defienden la existencia de tal derecho, como GÓMEZ SÁNCHEZ, Y.: *El derecho a la reproducción humana*, Ed. Marcial Pons, 1994, pp. 41 y ss. o, más recientemente, MARRADES PUIG, A.: “El debate sobre la gestación subrogada en España: entre el deseo, la dignidad y los derechos”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 2017, pp. 154-177, concretamente pp. 159-162.

5 STC 116/1999, de 17 junio (B.O.E. 8 julio 1999), comentada por CÁMARA AGUILA, M.P.: “Sobre la constitucionalidad de la Ley de Reproducción Asistida”, *Derecho Privado y Constitución*, n° 13 (1999), pp.117-148.

El objeto de este trabajo no es otro que analizar dicho marco y, en su caso, fijar hasta dónde pudiera llegar el legislador si, definitivamente, decide regular la gestación subrogada en España. Para ello, debemos tener presente la normativa fuera de nuestras fronteras (en la medida que los ciudadanos españoles, a fin de defraudar la ley nacional, acuden a ser padres por esta vía en los países en que es legal) así como la situación de “hecho” en España que, curiosamente, difiere sustancialmente de la que se deriva de la LRA.

## II. UNA APROXIMACIÓN AL DERECHO COMPARADO: CALIFORNIA Y PORTUGAL.

En la opinión pública se encuentra presente la idea de que la gestación subrogada se encuentra admitida en muchos países del mundo occidental; pero dicha apreciación no se corresponde con la realidad. En verdad, no son muchos los países que la regulan, y, dentro de este grupo, un buen número de ellos lo hace con muchas restricciones, de manera que no puede afirmarse que España se encuentre en una situación muy diferente a la de los países de su entorno.

El hecho de traer al discurso la regulación propuesta en estos dos países (el Estado de California y Portugal) y no en otros, se justifica por representar dos modelos normativos diferentes, sobre los que pudiera oscilar una futura regulación de la materia. Dos modelos contrapuestos: uno con plena implementación y recorrido (California), otro que “empieza a andar” y que, parece, es el modelo al que tenderán, al menos en un principio, posibles regulaciones de países similares al nuestro (Portugal). Uno corresponde al modo de vida americano, otro al modo europeo-continental. En cada uno de ellos subyacen valores distintos, planteamientos diferentes de una misma realidad, pues son tributarios, el primero de la concepción anglosajona de la reproducción asistida (menos restrictivas y ligadas al deseo de ser padres), el segundo, de la concepción continental del fenómeno conectada con la finalidad terapéutica, y no meramente voluntaria.

### I. Gestación subrogada en el Estado de California<sup>6</sup>.

California es un destino muy demandado<sup>7</sup> por los españoles a la hora de acudir a la gestación subrogada para conseguir descendencia cuando las técnicas de reproducción asistida reguladas no son suficientes para ello; básicamente, los

6 Este apartado se ha redactado a partir del trabajo de CABEZUDO BAJO, M.J.: “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*, n° 46, enero-junio 2017, pp. 59-120; sus premisas y conclusiones han servido de sustento a las reflexiones vertidas en el texto principal. Asimismo, la traducción de los preceptos del Código de Familia de California y su interpretación han sido de gran ayuda para comprender el esquema normativo de la figura.

7 De hecho, la única sentencia del TS que se ha pronunciado sobre la gestación subrogada fue propiciada por una pareja de varones de Valencia que recurrió a la gestación subrogada en California para ser padres.

usuarios suelen ser parejas de varones o parejas heterosexuales en las que la mujer carece de útero o tiene cualquier problema médico que le impida poder gestar (también, claro está, la mujer sola en semejante estado de infertilidad o el varón que desee ser padre, aunque estos dos casos son menos solicitados)<sup>8</sup>.

El motivo es doble: de un lado, la regulación es muy garantista con los derechos de los padres de intención lo que genera un clima de seguridad jurídica que no siempre se aprecia en otras legislaciones también permisivas; de otro, el hecho de que sea una resolución judicial la que determine la filiación del nacido, facilita la inscripción de la filiación del nacido en el Registro consular español a tenor del contenido de la Instrucción de la DGRN de 2010, a la que me referiré con más detenimiento en el epígrafe III de este trabajo.

El régimen jurídico que a continuación vamos a analizar es muy “avanzado”, si por este calificativo entendemos que, desde la premisa de la prevalencia de la autonomía de la voluntad de la gestante y de los padres de intención, las normas que lo integran buscan fórmulas para garantizar su libertad (y, como no, sus deseos) cuando llevan a cabo el negocio jurídico en cuestión. Asimismo, considero que este será, sin duda, el modelo que finalmente se imponga en Europa, aunque para ello tengan que pasar todavía muchos años...

#### A) El régimen jurídico diseñado a partir de los “cases law”.

Como suele suceder en el modelo estadounidense, donde la creación del Derecho se ubica en los órganos judiciales, el régimen jurídico de sus instituciones se origina en las resoluciones que estos emiten al resolver los conflictos que se suscitan en la sociedad. De ahí que sea del todo inevitable referirnos a los principales “cases law” donde residen los mimbres del actual régimen jurídico contenido en el Código de familia.

No fue en el Estado de California, sino en el de New Jersey donde tuvo lugar la primera sentencia sobre la validez de un contrato de gestación por sustitución, aunque, en este supuesto, y a pesar de que en primera instancia se falló a favor de los padres de intención, la Corte Suprema de New Jersey en sentencia de 3 de febrero 1988<sup>9</sup> consideró ineficaz el contrato por contravenir al orden público<sup>10</sup>. El motivo fundamental fue la vulneración de la normativa que prohibía el pago

8 Vaya por delante que California no es el único Estado de los EE.UU en los que se permite la gestación por sustitución, aunque sí es, sin duda, el que menos restricciones presenta y donde existen mayores garantías. No obstante, Nevada presenta un sistema similar al de California, aunque por ser más “joven” no tiene el efecto llamada del californiano para los extranjeros. Sobre la situación del tema en los EE.UU, vid. RODRÍGUEZ-YONG, C. A., y XIMENA MARTÍNEZ-MUÑOZ, K.: “El contrato de maternidad subrogada: la experiencia estadounidense”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 25, n° 2, diciembre 2012, pp. 1-15.

9 109 N.J. 396 (1988) 5 37 A.2d 1227.

10 Sobre la sentencia vid. SILVA-RUIZ, P.F.: “Baby M y el contrato de maternidad subrogada, sustituta o suplente”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, n° 1503, 1988, pp. 3898-3937.

de cantidad alguna en las adopciones. Esta forma de proceder se justifica por la repugnancia que causa que los menores puedan ser objeto de contratos onerosos y que se encuentra presente, de una u otra forma, en las argumentaciones que propugnan la invalidez de los contratos de gestación por sustitución.

Pero sí es en California donde se produce el primer pronunciamiento en el que se declara la validez del contrato y se permite la determinación de la filiación a favor de los padres de intención. Es el caso *Jhonson v. Calvert* cuyo fallo acació el 20 de mayo 1993<sup>11</sup>; los postulados jurídicos en los que se fundamenta marcan un antes y un después en la materia. En este sentido, la Corte Suprema tuvo que dilucidar el conflicto que se ocasionó entre la gestante, que es la que ejercita la acción contra los padres de intención (en los que concurría la característica de ser, también, los padres biológicos) antes del nacimiento del niño, con la finalidad de ser declarada madre. Justifica su pretensión en la ineficacia del contrato que había suscrito con los padres de intención por contravención del orden público.

Carecía, en ese momento, el órgano judicial de norma alguna “ad hoc”, y la que pudiera aplicarse, en su caso (la correspondiente a la normativa vigente sobre reproducción asistida) establecía que la condición de madre natural pudiera ser ostentada tanto por la gestante como por la biológica, pero que solo una de ellas podría tener tal estatus. Así planteado el pleito, la discusión versaba únicamente sobre la determinación de la filiación materna, ya que la paterna, como consecuencia de las pruebas biológicas practicadas, y habida cuenta que no se había recurrido por parte del donante, era clara (el padre de intención).

Lo primero que debe realizar el Tribunal es desvincular la maternidad subrogada de la compraventa de niños, ya que es en ese punto donde tiene lugar una vulneración del orden público (y que, en 1988, caso de *Baby M.*, el Tribunal de New Jersey no fue capaz de realizar). Así, opta por calificar el contrato como un contrato de prestación de servicios, de manera que quedaba a salvo la posible infracción de la prohibición de pagar cantidad alguna en el proceso de adopción<sup>12</sup>.

En segundo lugar, también se había afirmado como justificación para su inadmisibilidad que la gestación subrogada favorecía la explotación de las mujeres. En el caso juzgado no procede dicha alegación habida cuenta nivel económico

---

11 5 Cal 4th 84. 19 Cal.Rptr 2d 494; 851 P.2d 776 (1993).

12 “Gestational surrogacy differs in crucial respects from adoption and so is not subject to the adoption statutes. The parties voluntarily agreed to participate in in vitro fertilization and related medical procedures before the child was conceived; at the time when Anna entered into the contract, therefore, she was not vulnerable to financial inducements to part with her own expected offspring. As discussed above, Anna was not the genetic mother of the child. The payments to Anna under the contract were meant to compensate her for her services in gestating the fetus and undergoing labor, rather than for giving up ‘parental’ rights to the child. Payments were due both during the pregnancy and after the child’s birth. We are, accordingly, unpersuaded that the contract used in this case violates the public policies embodied in Penal Code section 273 and the adoption statutes. For the same reasons, we conclude these contracts do not implicate the policies underlying the statutes governing termination of parental rights.”

de la gestante<sup>13</sup>. Sin embargo, es interesante que se traiga al argumentario pues en Europa esta es, actualmente, la razón principal que lleva a los sectores más progresistas a inclinarse por rechazar la regulación de la gestación subrogada.

Salvados estos obstáculos, dos son los razonamientos en los que sustenta el Tribunal su fallo. En este sentido, el órgano jurisdiccional acude a un test de intención<sup>14</sup>, que pivota sobre postulados propios de la teoría general del contrato y de la responsabilidad civil por daños. A saber, se constata, sin dificultad, aplicando para ello la teoría de la causalidad de la responsabilidad por daños, que el niño no habría nacido sin los esfuerzos de los padres de intención. Es evidente que existía una incuestionable voluntad de las partes contratantes (gestante y padres de intención) cuando suscribieron el acuerdo, que lo convierte en obligatorio y vinculante conforme los parámetros propios de la teoría del contrato. Además de la intención manifiesta tras analizar las circunstancias concurrente de acuerdo con el test de intención mencionado, se acude por parte del órgano jurisdiccional a examinar los hechos desde la perspectiva del interés del menor que, en definitiva, es el que debe marcar las pautas de resolución en los pleitos que lo afecten. Así, el interés del menor justifica que el hijo concebido por gestación subrogada permanezca conviviendo con los padres de intención que son, en definitiva, los que lo desearon y los que hicieron todo lo posible por traerlo al mundo.

Aunque existe un pronunciamiento anterior (concretamente en 1994, caso *In re Marriage of Moschetta*)<sup>15</sup>, las premisas sobre los que se sustenta el régimen

---

13 "Although common sense suggests that women of lesser means serve as surrogate mothers more often than do wealthy women, there has been no proof that surrogacy contracts exploit poor women to any greater degree than economic necessity in general exploits them by inducing them to accept lower-paid or otherwise undesirable employment. We are likewise unpersuaded by the claim that surrogacy will foster the attitude that children are mere commodities; no evidence is offered to support it. The limited data available seem to reflect an absence of significant adverse effects of surrogacy on all participants. fn. 12. The argument that a woman cannot knowingly and intelligently agree to gestate and deliver a baby for intending parents carries overtones of the reasoning that for centuries prevented women from attaining equal economic rights and professional status under the law. To resurrect this view is both to foreclose a personal and economic choice on the part of the surrogate mother, and to deny intending parents what may be their only means of procreating a child of their own genes. Certainly in the present case it cannot seriously be argued that Anna, a licensed vocational nurse who had done well in school and who had previously borne a child, lacked the intellectual wherewithal or life experience necessary to make an informed decision to enter into the surrogacy contract.

14 El test de intención relacionado en esta sentencia se ha convertido en un importante referente en la jurisprudencia californiana, sobre todo antes de que se incluyera el régimen jurídico del contrato de subrogación en el Código de Familia. En este sentido, BERYS, F.: "Interpreting a rent-a-womb contract: how California Courts should proceed when gestational surrogacy arrangements go sour", *California Western Law Review*, volumen 42, n° 2, 2006, pp. 322-352, concretamente la cita es a la pp. 338-339.

15 25 Cal.App.4th 1218 (1994). Se cuestiona la filiación de un hijo, en la que la gestante aporta el material genético, y que cuando nace los padres de intención ya están separados. Aquí la Corte de Apelación se decanta por la maternidad biológica, aplicando la normativa vigente en ese momento; y resuelve atribuyendo la filiación al padre de intención, que también era biológico, y a la gestante que había aportado su óvulo. Es de observar que en el contrato suscrito se determinaba que cuando hubiera nacido el niño, la gestante renunciaría al mismo para que este fuera adoptado por la esposa del padre de intención, por lo que no puede hablarse, propiamente dicho, de una madre de intención. "The law as it now stands compels that the judgment be affirmed as it establishes Robert Moschetta and Elvira Jordan as Marissa's father and mother". Pudiera pensarse que detrás de esta resolución se encuentra el mejor interés del menor de estar con su madre biológica, pero, sorprendentemente, la menor queda residiendo con su padre de intención,

jurídico se completan con los argumentos esgrimidos por el mismo Tribunal el 10 de mayo 1998 en el caso *In re Marriage of Buzzanca*<sup>16</sup>. El debate no se ubica, esta vez, en la validez del contrato (pues ya se había resuelto en *Jhonson V. Calvert*), sino en la paternidad del padre de intención que no es el padre biológico al no haber aportado su material genético en el proceso de fecundación. Los hechos se generan cuando el padre de intención interpone demanda de divorcio frente a la madre de intención antes del nacimiento del niño gestado por sustitución, alegando que no existe ningún hijo nacido del matrimonio (por lo que no procede pronunciamiento sobre pensión alimenticia y/o custodia).

Para la atribución de la maternidad a la madre de intención (que no era la gestante ni la biológica) la Corte Suprema acude a los razonamientos del caso *Jhonson V. Calvert*, sobre los cuales se afirma que la voluntariedad que provoca la concepción es la determinante de la filiación<sup>17</sup>. En cambio, para hacer responsable al marido de la paternidad del no nacido, se recurre a la normativa sobre reproducción asistida que estima como padre al marido o compañero que consiente en la concepción mediante estas técnicas, incluso cuando, en ese momento, todavía no se hubiera realizado formalmente el contrato de subrogación<sup>18</sup>. Para llegar a esa conclusión fue necesario llevar a cabo una interpretación extensiva de la norma, pues, en ese momento, el contrato de gestación subrogada no se encontraba regulado en California, y en la normativa vigente no se representaba este supuesto concreto.

A partir del aludido pronunciamiento, el contrato de gestación por sustitución en California se convirtió en un contrato válido y eficaz cuyo efecto principal es la atribución de la filiación a los padres de intención, que se extiende a las parejas del mismo sexo desde 2005<sup>19</sup>.

---

reconociendo un derecho de visita a la gestante "Robert got physical custody on weekends and in the evenings, Elvira Jordan on weekdays."

16 61 Cal.App.4th 1410, 72 Cal.Rptr.2d 280 (1998).

17 "In the case before us, there is absolutely no dispute that Luanne caused Jaycee's conception and birth by initiating the surrogacy arrangement whereby an embryo was implanted into a woman who agreed to carry the [61 Cal. App. 4th 1426] baby to term on Luanne's behalf. In applying the artificial insemination statute to a gestational surrogacy case where the genetic donors are unknown, there is, as we have indicated above, no reason to distinguish between husbands and wives. Both are equally situated from the point of view of consenting to an act which brings a child into being. fn. 16 Accordingly, Luanne should have been declared the lawful mother of Jaycee.....The same reasons which impel us to conclude that Luanne is Jaycee's lawful mother also require that John be declared Jaycee's lawful father".

18 "Even if the written surrogacy contract had not yet been signed at the time of conception and implantation, those occurrences were nonetheless the direct result of actions taken pursuant to an oral agreement which envisioned that the fertilization, implantation and ensuing pregnancy would go forward. Thus, it is still accurate to say, as we did the first time this case came before us, that for all practical purposes John caused Jaycee's conception every bit as much as if things had been done the old-fashioned way."

19 En relación a las parejas de mujeres, son significativos los casos *Kristine H. v. Lisa.R* (37 Cal 4th 156) *Elisa B. v. Superior Court* (117.P.3d 660 Cal 2005).

## B) Los artículos 7890, 7891 y 7892 del Código de Familia de California.

Pero no es hasta 2013 cuando se expresa en el Código de Familia el régimen jurídico del contrato y sus efectos. La normativa en vigor que, a continuación, procedo a analizar, ha sido parcialmente modificada, habiendo entrado en vigor la última modificación el 1 de enero de 2018.

Con carácter general, podemos afirmar que es una legislación garantista, minuciosa y preocupada por desactivar las consecuencias perversas, en orden a la vulneración de los derechos, que pudieran generarse en el proceso de gestación subrogada. El debate ético, muy presente en Europa, no existe, en la actualidad, en California donde no esta es una práctica extraña ni novedosa. No podemos obviar que el primer conflicto judicial tuvo lugar en 1993, lo que hace suponer que ya se hacía uso de ella en años anteriores. La finalidad del legislador californiano no es otra que dotar de seguridad jurídica<sup>20</sup> a los intervinientes; para ello establece controles tendentes a garantizar la voluntariedad en la prestación del consentimiento, así como en el cumplimiento de lo establecido en el contrato.

El primero de los preceptos, 7960, se dedica a definir los sujetos protagonistas del proceso y las modalidades contractuales que en el mismo se ocasionan. Es de destacar la amplitud con la que se conceptúa el término “padres de intención”<sup>21</sup>, en el que no están excluidos ni siquiera los extranjeros, lo que facilita el turismo de nacionales de países en los que se impide la concepción por medio de estas técnicas. Tampoco se excluye ninguna modalidad de subrogación, pues es indiferente la procedencia del material genético.

De la dicción de los otros dos artículos, 7961 y 7962, se desprende un entramado contractual entre los sujetos implicados, tendente a asegurar el éxito de la operación en la que tantos y tan diferentes intereses están en juego.

Vaya por delante que nos encontramos frente a modalidades contractuales onerosas, pues en modo alguno se alude a la gratuidad de ninguna de las prestaciones derivadas de la relación jurídica (aunque tampoco se excluye). Es más, tal y como veremos, una de las preocupaciones del legislador es precisamente la contraria: evitar que las prestaciones económicas no se satisfagan, de manera que la gestante esté cubierta antes de iniciar la fecundación.

20 Así lo expresa y argumenta, CABEZUDO BAJO, M.J.: “Avances hacia una regulación de la gestación por sustitución en España en base al modelo regulado en el Estado de California”, cit. p. 69-77.

21 “means an individual, married or unmarried, who manifests the intent to be legally bound as the parent of a child resulting from assisted reproduction”.

Además, y a fin de que los consentimientos prestados sean libres e informados, se exige, no solo que se manifiesten por escrito y ante notario, sino que las partes estén asistidas por letrados independientes en su función de asesores legales.

El proceso comienza por medio del contrato que los padres de intención suscriben con los sujetos, no abogados, cuya misión es facilitar una gestante y, si fuera preciso, el material genético. Aunque esta función la puede asumir un particular, normalmente son las agencias especializadas las que se dedican profesionalmente a esta tarea. Es importante destacar que en California no puede ser madre gestante cualquier mujer; por el contrario, existe un protocolo muy riguroso sobre los requisitos que deben cumplir tanto la gestante como los padres de intención<sup>22</sup>. Entre ellos, se exige que la gestante tenga una situación económica acomodada, lo que, de entrada, deja fuera del proceso a mujeres de bajos recursos que pudieran ser explotadas al sentirse llamadas a realizar esta práctica como fuente de ingresos.

Como fórmula para garantizar el pago de los emolumentos que se generan en el proceso, sobre todo el que debe recibir la gestante, bien como precio bien como compensación, la ley impone la obligación de concertar un contrato para gestionar los fondos, bien en depósitos o fideicomisos.

Finalmente, tienen lugar los acuerdos contractuales que marcan las reglas del proceso de subrogación. Si la gestación fuera del modelo “no tradicional”, es preciso que exista un contrato de donación de material genético, que puede ser anónimo o no, entre el o los donantes y los padres de intención.

Pero el más interesante es, sin duda, el contrato de subrogación, pieza clave en orden a la definición de los derechos y obligaciones asumidos por las partes, y que, por tanto, debe ser objeto de un análisis más detenido. A ello se dedica el artículo 7962, donde se incluyen, expresamente, algunos requisitos a los que ya nos hemos referido en líneas precedentes. Con el claro objetivo de asegurar la voluntariedad del consentimiento prestado, el precepto establece que este debe emitirse tras haber recibido ambas partes asesoramiento legal independiente que les informe de los derechos y obligaciones que dimanen del contrato que van a suscribir<sup>23</sup>; amén de que el contrato debe formalizarse por escrito y ante notario o equivalente<sup>24</sup>. Si fuera necesario recurrir a donantes, el consentimiento prestado

---

22 “Recommendations for practices utilizing gestational carriers: a committee opinion” publicado en *Fertility and Sterility* que edita Office American Society for Reproductive Medicine, vol. 107, Issue n° 2, febrero 2017, pp. 3-10.

23 “(b) Prior to executing the written assisted reproduction agreement for gestational carriers, a surrogate and the intended parent or intended parents shall be represented by separate independent licensed attorneys of their choosing”.

24 “(c) The assisted reproduction agreement for gestational carriers shall be executed by the parties and the signatures on the assisted reproduction agreement for gestational carriers shall be notarized or witnessed

por los padres de intención a que la gestante se someta a la fertilización con material ajeno a los padres de intención, convierte a estos en progenitores<sup>25</sup>.

En orden al contenido mínimo, la norma no es muy prolija. Sólo alude a la fecha del contrato, que debe ser previa a la transferencia de embriones, la identidad del donante si lo hubiera y la donación no fuera anónima, la identidad de los padres de intención y la descripción de cómo van a cubrirse los gastos médicos que causa el embarazo<sup>26</sup>.

No obstante, la norma debe completarse con otros aspectos que son exigidos por resoluciones judiciales. En este sentido, merecen mencionarse los siguientes: la renuncia de la mujer gestante a cualquier derecho sobre el menor que, en consecuencia, asumen los padres de intención; el compromiso de que el nacimiento tenga lugar en el Estado de California; cuestiones relacionadas con el proceso médico como la clínica elegida para el parto, número de embriones que se implantarán, si se practicarán pruebas a la madre y/o al feto, cómo proceder si hubiera riesgos para la madre o el feto y, en caso de malformaciones cómo proceder en orden al aborto, cómo será el parto, entre otras; si las partes se van a someter a evaluaciones psicológicas; compromiso de la gestante de llevar una vida saludable; la cuantía de la compensación económica y el pago de los gastos derivados del proceso, incluido el seguro de vida, indicándose dónde se depositan y quién lo gestiona; previsiones para el caso de divorcio o muerte de los padres de intención previa a la determinación de la filiación y previsiones para el caso de incumplimiento del contrato por alguna de las partes<sup>27</sup>.

En definitiva, el contrato de subrogación es, en la práctica, muy minucioso pues se trata de evitar los conflictos que pueden ocasionarse por una falta de previsión.

---

by an equivalent method of affirmation as required in the jurisdiction where the assisted reproduction agreement for gestational carriers is executed”.

- 25 7613 (a)” If a woman conceives through assisted reproduction with semen or ova or both donated by a donor not her spouse, with the consent of another intended parent, that intended parent is treated in law as if he or she were the natural parent of a child thereby conceived. The other intended parent’s consent shall be in writing and signed by the other intended parent and the woman conceiving through assisted reproduction”. El precedente lo encontramos en *In re marriage of Buzzanca*.
- 26 (a) An assisted reproduction agreement for gestational carriers shall contain, but shall not be limited to, all of the following information: (1) The date on which the assisted reproduction agreement for gestational carriers was executed. (2) The persons from which the gametes originated, unless donated gametes were used, in which case the assisted reproduction agreement does not need to specify the name of the donor but shall specify whether the donated gamete or gametes were eggs, sperm, or embryos, or all. (3) The identity of the intended parent or parents. (4) Disclosure of how the intended parents will cover the medical expenses of the gestational carrier and of the newborn or newborns. If health care coverage is used to cover those medical expenses, the disclosure shall include a review of the health care policy provisions related to coverage for surrogate pregnancy, including any possible liability of the gestational carrier, third-party liability liens or other insurance coverage, and any notice requirements that could affect coverage or liability of the gestational carrier. The review and disclosure do not constitute legal advice. If coverage of liability is uncertain, a statement of that fact shall be sufficient to meet the requirements of this section.”
- 27 Con más detalle, CABEZUDO BAJO, M.J.: “Avances hacia una regulación de la gestación por sustitución en España en base al modelo regulado en el Estado de California”, cit. pp. 93-95.

Pero son quizás, a mi juicio, las previsiones sobre la determinación de la filiación las que convierten el sistema californiano en un sistema seguro y garantista. La norma expresa que la filiación del nacido a favor de los padres de intención debe ser establecida por una resolución judicial. Será, pues, la autoridad judicial la que dotará de validez al contrato y a su principal y más querido efecto: la filiación del nacido a favor de los padres de intención. Con todo, no debemos llamarnos a engaño si pretendemos vislumbrar una auténtica intervención judicial; pues el juez se limita a comprobar la documentación aportada por las partes y que estas cumplan los requisitos legales, resolviendo, sin necesidad de vista, si así se adecúan a la norma. Existe una presunción de validez del contrato que se ajuste a los requisitos legales, por lo que, difícilmente prosperará una reclamación por cualquier otro motivo<sup>28</sup>

Curiosamente, la resolución judicial aludida pudiera tener lugar incluso antes del nacimiento del niño, si así lo desean los padres de intención que se encuentran legitimados a dirigirse a la autoridad judicial desde el momento en que se produce la concepción.

El sistema californiano es pues un sistema donde existen muy pocos riesgos para los padres de intención y donde se garantizan los derechos de la gestante; si bien, es muy costoso, dado los sujetos intervinientes y que el contrato es oneroso<sup>29</sup>.

## 2. La regulación de la gestación subrogada en Portugal: la Ley nº 25/2016 de 22 de agosto tras la sentencia del Tribunal Constitucional 24 abril 2018.

El modelo de gestación subrogada propuesto en el país vecino difiere, sustancialmente, del descrito en el epígrafe precedente. En cambio es muy similar, en cuanto a su planteamiento, al contenido en la proposición de ley del grupo Ciudadanos actualmente en tramitación<sup>30</sup>. La identidad entre ambos textos se debe a que España y Portugal comparten un mismo sustrato de principios y valores, comunes a los países de la Unión Europea. Parece evidente que, en este momento, causaría un rechazo social en sectores de todas las ideologías la representación de la gestación subrogada onerosa o cuyo fin no sea terapéutico

28 "(i) An assisted reproduction agreement for gestational carriers executed in accordance with this section is presumptively valid and shall not be rescinded or revoked without a court order. For purposes of this part, any failure to comply with the requirements of this section shall rebut the presumption of the validity of the assisted reproduction agreement for gestational carriers."

29 "The costs are higher, but the risks appear lower", concluye JACKSON, J. : "California egg: the high costs of avoiding unenforceable surrogacy contrat", *The Journal of High Technology Law*, vol. 15, nº 12, julio 2015, pp. 230-260, concretamente la cita es a la p. 260.

30 Sin entrar en profundidad a analizar la proposición de ley, sí apuntar las siguientes características del régimen jurídico propuesto: la gestante debe ser española (o residente en España), mayor de 25 y menor de 45 años, haber sido madre previamente de un hijo sano, situación socioeconómica estable, sólo puede serlo en dos ocasiones y no puede aportar su material genético; el contrato es gratuito, prohibiéndose, expresamente, el pago a la gestante (en caso abono gastos del proceso); la finalidad es exclusivamente terapéutica y, al menos, uno de los padres de intención debe aportar material genético.

(a diferencia de lo que sucede en algunos Estados de los EE.UU, que reproducen el modelo californiano).

La aprobación el 31 de julio 2017 del Reglamento 6/3017<sup>31</sup> ha sido determinante para la plena aplicación de la Ley de 2016, pues, según se establecía el citado cuerpo legal, era necesario reglamentar la autorización previa a la que, como requisito ineludible, se refiere la ley en su art. 8.4<sup>32</sup>. La excepcionalidad del contrato es la que justifica que sea preciso una autorización del Consejo Nacional de Reproducción Asistida que ejerce el control de legalidad del acto anterior al inicio del proceso; para ello deberá examinar la adecuación del contrato a las prescripciones legales y verificar que concurren las circunstancias en las que la ley posibilita el recurso a la gestación subrogada para satisfacer los deseos de paternidad.

De acuerdo con el concepto de gestación subrogada de los países de nuestro entorno, la finalidad del modelo portugués es exclusivamente terapéutica, ya que pues es preciso que la mujer (madre de intención) que recurra a la gestación subrogada, bien sola, o en pareja, esté imposibilitada para gestar por sí misma. Llama la atención, en este punto, la discriminación del texto legal hacia las parejas de varones a los que les está vedado el recurso a la gestación por sustitución para ser padres. Máxime cuando, en verdad, son los que más suelen hacer uso de esta forma de gestación, habida cuenta su imposibilidad natural para ser padres biológicos de ninguna otra forma<sup>33</sup>. La exclusión no casa con la inexistencia de otros límites (como la edad o la nacionalidad de los usuarios y/o la gestante) que pudieran tener más sentido en orden a la protección de los derechos de los sujetos implicados. Se observa que no existe ningún límite de edad para ser gestante ni para ser beneficiario, bastando la mayoría de edad. Considero que hubiera sido deseable fijar un límite de edad superior a la mayoría de edad, sobre todo para la gestante, justificada por la trascendencia del acto. Pero quizás sea la omisión del requisito de que hubiera sido madre con anterioridad el más cuestionable, al afectar a la libertad del consentimiento emitido por la madre sustituta, pieza clave para la eficacia de cualquier acuerdo negocial; en este sentido, solo la que ha experimentado la maternidad está capacitada para conocer el alcance de la renuncia que supone gestar un hijo para otra persona. La ley, sin embargo, es cuidadosa con el tratamiento de la emisión del consentimiento de las partes

31 Sobre el contenido del reglamento y su incidencia en la aplicación de la Ley, vid, VELA SÁNCHEZ, A.: "La gestación por sustitución ya es efectiva en Portugal. A propósito del Reglamento portugués nº 6/2017, de 31 de julio", *Diario La Ley*, nº 9091, de 29 noviembre 2017.

32 "A celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição carece de autorização prévia do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, entidade que supervisiona todo o processo, a qual é sempre antecedida de audição da Ordem dos Médicos e apenas pode ser concedida nas situações previstas no n.º 2."

33 Califica de "absurda" esta discriminación VELA SÁNCHEZ, A.: "La gestación por sustitución se permite en Portugal", *Diario La Ley*, nº 8868, 22 noviembre 2016, p. 1.

contratantes, que debe ser libre e informado<sup>34</sup>, y anterior al embarazo que solo puede producirse por medio de las técnicas de reproducción asistida en cualquiera de sus modalidades.

Es preciso matizar, no obstante, que, a fin de reforzar vínculos con los padres de intención (y no con la gestante), para autorizar el contrato es condición indispensable que el material genético a utilizar en el proceso reproductivo provenga, al menos, de uno de los beneficiarios. En consecuencia, se prohíbe que la gestante aporte su material biológico

Curiosamente, y dado lo excepcional y restrictivo de la norma, no se circunscribe el acceso a los usuarios a nacionales o residentes del país, lo que pudiera facilitar el turismo procreativo, como ha puesto de manifiesto algún autor de la doctrina<sup>35</sup>.

El contrato de gestación como se regula en la ley, se define por dos caracteres esenciales: es un contrato formal y gratuito<sup>36</sup>. No observar cualquiera de los dos requisito no sólo trae como consecuencia la nulidad del mismo por contravención a una norma imperativa<sup>37</sup>, sino que también lleva aparejada sanciones penales, más graves si el contrato se calificara como oneroso (dada su mayor conexión con la protección de la dignidad de la mujer gestante<sup>38</sup>) que si se tratara de una deficiencia en su formalización<sup>39</sup>.

Los efectos del contrato son acordes con su finalidad. Así pues, en su virtud, la gestante queda obligada a entregar al niño después del parto, al estar implícito

34 Sobre los requisitos del consentimiento informado, la información que debe suministrarse a las partes y el papel de la CNMA durante el proceso contractual, vid. GUIMÁRAES, R "Subitamente, no verão passado: a contratualização da gestação humana e os problemas relativos ao consentimento", en las Actas del Seminario Internacional *Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*, celebrado en Oporto días 16 y 17 marzo 2017, pp. 107 - 127, concretamente la cita es a las pp. 117-119.

35 Considera que, al menos, debiera haberse limitado en una fase inicial, GONÇALO DIAS PEREIRA, G.: "Gestação de substituição e aceso de todas as mulheres à procriação medicamente assistida em Portugal: as leis de 2016 e as profundas transformações no direito da filiação", en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, febrero 2018, pp. 32-47, concretamente la cita es a la p. 37.

36 Art.8.2: " A celebração de negócios jurídicos de gestação de substituição só é possível a título excecional e com natureza gratuita, nos casos de ausência de útero, de lesão ou de doença deste órgão que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez da mulher ou em situações clínicas que o justifiquem."

37 En este sentido el apartado 12, del art. 8: "São nulos os negócios jurídicos, gratuitos ou onerosos, de gestação de substituição que não respeitem o disposto nos números anteriores."

38 Artigo 39.º " 1 - Quem, enquanto beneficiário, concretizar contratos de gestação de substituição a título oneroso é punido com pena de prisão até 2 anos ou pena de multa até 240 dias. 2 - Quem, enquanto gestante de substituição, concretizar contratos de gestação de substituição a título oneroso é punido com pena de multa até 240 dias."

39 Art. 30: " 3 - Quem, enquanto beneficiário, concretizar contratos de gestação de substituição, a título gratuito, fora dos casos previstos nos n.os 2 a 6 do artigo 8.º é punido com pena de prisão até 1 ano ou pena de multa até 120 dias. 4 - Quem, enquanto gestante de substituição, concretizar contratos de gestação de substituição, a título gratuito, fora dos casos previstos nos n.os 2 a 6 do artigo 8.º é punido com pena de multa até 120 dias".

en el contrato la renuncia a los derechos y deberes que genera la maternidad<sup>40</sup>. La filiación del nacido, desde que nace, y con causa en el contrato de gestación por sustitución, se determina a favor de los padres de intención; por lo que no cabe plantearse la filiación ni de la gestante ni tampoco ni del que hubiera aportado material genético.

Finalmente, se debe preservar el anonimato del donante, de manera que el nacido carece del derecho a conocer sus orígenes.

Recurrida ante el Tribunal Constitucional, el pasado 24 de abril se dictó sentencia<sup>41</sup> en la que, en líneas generales, se estima que la regulación portuguesa es acorde con el respecto a la dignidad de la mujer: Ello se argumenta sobre la base de la gratuidad del contrato, que evita la explotación económica de las mujeres gestantes; su excepcionalidad y el hecho de que el proceso deba ser previamente autorizado por una entidad administrativa.

Pese a ello, el Tribunal falla considerando que existen aspectos de la ley que deben ser modificados, por apreciar una vulneración de principios y derechos fundamentales consagrados en la Constitución portuguesa<sup>42</sup>.

40 Art. 8.7 “A criança que nascer através do recurso à gestação de substituição é tida como filha dos respetivos beneficiários”

41 Texto íntegro en <http://www.lawandtrends.com/noticias/constitucional/el-tribunal-constitucional-portugues-anula-la-ley-de-vientres-de-alquiler-1.html>.

42 Declarar a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, das normas dos n.ºs 4, 10 e 11 do artigo 8.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, e, consequentemente, das normas dos n.ºs 2 e 3 do mesmo artigo, na parte em que admitem a celebração de negócios de gestação de substituição a título excecional e mediante autorização prévia, por violação do princípio da determinabilidade das leis, corolário do princípio do Estado de direito democrático, e da reserva de lei parlamentar, decorrentes das disposições conjugadas dos artigos 2.º, 18.º, n.º 2, e 165, n.º 1, alínea b), da Constituição da República Portuguesa, por referência aos direitos ao desenvolvimento da personalidade e de constituir família, consagrados nos seus artigos 26.º, n.º 1, e 36.º, n.º 1; b) Declarar a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma do n.º 8 do artigo 8.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, em conjugação com o n.º 5 do artigo 14.º da mesma Lei, na parte em que não admite a revogação do consentimento da gestante de substituição até à entrega da criança aos beneficiários, por violação do seu direito ao desenvolvimento da personalidade, interpretado de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana, e do direito de constituir família, em consequência de uma restrição excessiva dos mesmos, conforme decorre da conjugação do artigo 18.º, n.º 2, respetivamente, com os artigos 1.º e 26.º, n.º 1, por um lado, e com o artigo 36.º, n.º 1, por outro, todos da Constituição da República Portuguesa; c) Declarar a inconstitucionalidade consequente, com força obrigatória geral, da norma do n.º 7 do artigo 8.º da mesma Lei; d) Declarar a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma do n.º 12 do artigo 8.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, por violação do direito à identidade pessoal da criança previsto no artigo 26.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa, do princípio da segurança jurídica decorrente do princípio do Estado de direito democrático, consagrado no artigo 2.º da mesma Constituição, e, bem assim, do dever do Estado de proteção da infância, consagrado no artigo 69.º, n.º 1, do mesmo normativo; e) Declarar a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, das normas do n.º 1, na parte em que impõe uma obrigação de sigilo absoluto relativamente às pessoas nascidas em consequência de processo de procriação medicamente assistida com recurso a dâdiva de gâmetas ou embriões, incluindo nas situações de gestação de substituição, sobre o recurso a tais processos ou à gestação de substituição e sobre a identidade dos participantes nos mesmos como dadores ou enquanto gestante de substituição, e do n.º 4 do artigo 15.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, por violação dos direitos à identidade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade de tais pessoas em consequência de uma restrição desnecessária dos mesmos, conforme decorre da conjugação do artigo 18.º, n.º 2, com o artigo 26.º, n.º 1, ambos da Constituição da República Portuguesa”.

En este sentido, considera que debe eliminarse de la regulación: la irrevocabilidad del consentimiento de la gestante, que lleva aparejada la renuncia a la filiación del hijo que va a gestar; la posibilidad de incluir en el contrato cláusulas relativas al comportamiento de la gestante durante el proceso que podrían vulnerar sus derechos, las consecuencias de la nulidad del contrato y el anonimato del donante.

La sentencia ha afectado considerablemente al régimen diseñado en la ley ya que, en verdad, tras la supresión y/o modificación de los preceptos declarados inconstitucionales, difícilmente puede regularse la figura aplicando los preceptos que han pervivido. De poco sirve que salve el contrato, si se eliminan los pilares sobre los que el mismo se sustenta. Pues, ¿quién va a realizar un contrato en el que una de las partes puede revocar el consentimiento, quedándose con el hijo que ha gestado para otros? ¿quién va a donar material genético sin preservar su anonimato?

### **III. LA “SURREALISTA” SITUACIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN ESPAÑA: DE LA PROHIBICIÓN A LA INSCRIPCIÓN.**

Volviendo al Derecho patrio y aunque ya se ha escrito en abundancia sobre el tema, y poco más podemos añadir, sí es de justicia dedicar unas líneas a reflexionar sobre la “surrealista” (como la hemos calificado) situación en España. Básicamente, porque si somos conscientes de la realidad fáctica (que no jurídica), propiciada desde la Administración, también seremos, al mismo tiempo, conscientes de que es preciso salir de ella. Y solo podremos hacerlo mediante la regulación de la figura, como debe ser en un Estado de Derecho, dentro del marco constitucional, o, en su caso, de la aplicación por parte de los operadores jurídicos de la normativa existente.

#### **I. La prohibición: El caso de la pareja valenciana que propició las únicas sentencias sobre la materia del Tribunal Supremo.**

A pesar de algunas voces en la doctrina que mantienen lo contrario<sup>43</sup>, el art. 10 de la LRA contiene una auténtica prohibición de la gestación por subrogación en el ordenamiento jurídico español en la misma línea que algunos países de nuestro entorno. Esta rotunda afirmación merece alguna explicación, en la medida que no es pacífica entre los estudiosos de la materia.

Cierto es que los argumentos que, a continuación, verteré, son “parcialmente” originales, pues los he construido a partir de mis conversaciones con el profesor

43 ATIENZA, M., [https://elpais.com/elpais/2017/04/19/opinion/1492609931\\_165365.html](https://elpais.com/elpais/2017/04/19/opinion/1492609931_165365.html); y ÁLVAREZ CONDE, E y TUR AUSINA, R., <http://www.elmundo.es/opinion/2017/05/22/5921cc8e468aeb304e8b4637.html>.

Garrido Mayol, Catedrático de Derecho Constitucional, quien se posiciona en idéntica línea a la aquí defendida sobre el régimen jurídico vigente en la actualidad.

El Derecho puede optar por no regular una concreta realidad jurídica, no pudiendo interpretarse, en ese caso, dicha omisión por prohibición. Así, en algunos países, la gestación subrogada es ignorada por el legislador como sucedía en España antes de la LRA de 1988.

Ahora bien, el hecho de que un determinado comportamiento se prohíba no implica, necesariamente, que, de llevarse a cabo, el actor deba ser sancionado administrativa y/o penalmente. La sanción o consecuencia, si se quiere, más leve (en la medida que no implica privación de ningún derecho ni el pago de ninguna cantidad a modo de multa) ante la comisión de un acto prohibido es la sanción civil que se manifiesta en la nulidad del mismo (es decir, no despliega efectos jurídicos).

Cuando en 1988 y, posteriormente en 2006, el legislador decidió dotar de un marco legal a las técnicas de reproducción asistida, calificó como nulo, por ser contrario a la ley, al contrato de maternidad subrogada, no exceptuando el principio de que la maternidad se encuentra determinada por el hecho físico del parto, con independencia de la procedencia del material genético.

Es evidente que en la redacción del precepto no figura el término "prohibir", pero también lo es, para cualquier jurista que se precie, que una norma es prohibitiva no porque así lo indique su enunciado. Basta que, bien por la redacción del supuesto de hecho y/o por las consecuencias que de la realización del mismo se dimanen (como es el caso que nos ocupa), se desprenda la voluntad del legislador de evitar que el comportamiento no permitido tenga lugar; de tal modo que, de producirse, se tenga por no realizado: no despliegue efecto alguno.

Considero, en consecuencia, que la gestación subrogada se encuentra prohibida en nuestro ordenamiento jurídico, y, por tanto, es nulo el contrato que a tal fin se concierte. No porque se trate de un contrato con causa ilícita<sup>44</sup>, ni tampoco porque carezca de objeto<sup>45</sup>, ni siquiera porque vulnere el art. 10 de la Constitución<sup>46</sup> (discutible esta última afirmación, con carácter general, que dependerá, en su caso, de la regulación de la figura), sino, simplemente, porque el legislador así lo ha dispuesto en un acto de voluntad legítimo<sup>47</sup>.

44 Como argumenta DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "Notas sobre la gestación por sustitución en el Derecho español", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, cit. p. 351.

45 PANTALEÓN PRIETO, F., "Contra la Ley sobre Técnicas de Reproducción asistida", *Jueces para la democracia* n° 5, pp. 19 y ss, concretamente la cita es a las pp. 27-28.

46 Por todos, CORRAL GARCÍA, E., "El derecho a la reproducción humana. ¿Debe permitirse la maternidad subrogada?", cit. p. 69 y en "Los menores nacidos mediante gestación por sustitución no pueden ser inscritos en el Registro Civil. Comentario a la STS de 6 de febrero de 2014", cit. p. 1912.

47 Sobre las distintas posturas doctrinales, vid. más explícitamente DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., "La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida (un análisis crítico de la experiencia jurídica española,

Pues bien, en el escenario descrito de clara prohibición de la gestación subrogada, una pareja de hombres recurre a la legislación del Estado de California para poder ser padres. A tal fin, realizan los trámites contemplados en el ordenamiento jurídico vigente, y, posteriormente, acuden al Registro Consular de Los Ángeles provistos de un certificado administrativo acreditativo de la filiación a su favor del hijo nacido y que pretenden inscribir. Ante la negativa, inician el correspondiente recurso que da lugar a la RDGRN de 18 de febrero de 2009<sup>48</sup>, donde el órgano administrativo falla accediendo a la inscripción sobre la base de la siguiente argumentación:

En primer lugar, estima que, desde un planteamiento meramente formal, no procede llevar a cabo un control de legalidad que solo es pertinente cuando se accede al Registro por medio de un documento que refleje una declaración del sujeto que pretende inscribir. En cambio, si el documento consiste en una certificación registral emitida por una autoridad registral extranjera el acceso vendrá determinado, no como consecuencia de un control sustantivo, sino por el previsto en el art. 81 RRC. Dicho precepto establece una serie de requisitos formales del documento, sin entrar a valorar su contenido<sup>49</sup>.

En segundo lugar, y a fin de evitar la contravención al orden público, el argumento de la RDGRN se sustenta en una serie de afirmaciones, entre las que se destacan las siguientes: en España se admite la adopción de parejas homosexuales y la filiación biológica de hijos concebidos por parejas de mujeres por medio de la reproducción asistida<sup>50</sup>; existe un interés del menor concebido en que la filiación se establezca a favor de los padres de intención<sup>51</sup> y, finalmente, la DGRN nos

---

treinta años después de la aprobación de la primera regulación legal sobre la materia)", en la obra colectiva *Principi, regole, e interpretazione contratti e obbligazioni, famiglie e successioni*, Ed. Universitas Studiorum, Mantova, 2017, pp. 583-602, concretamente la cita es a la nota a pie nº 63.

48 RJA 2009, 1735.

49 "... No obstante, a tal efecto, el art. 81 del Reglamento del Registro Civil no exige que se lleve a término una aplicación de las normas de conflicto españolas y de la Ley española o extranjera a la que conducen tales normas de conflicto españolas, como antes se ha adelantado. El art. 81 del Reglamento del Registro Civil no exige que la solución jurídica contenida en la certificación registral extranjera sea «idéntica» a la solución jurídica que habría alcanzado una autoridad registral española mediante la aplicación de las normas legales españolas, como tampoco se exige que la Ley extranjera designada por nuestras normas de conflicto presente un contenido «idéntico» al de las Leyes españolas ... Lo que exige el art. 81 del Reglamento del Registro Civil es que la certificación registral extranjera cumpla con determinadas exigencias imperativas ineludibles para que pueda tener «fuerza en España» y acceder, de ese modo, al Registro Civil español. Aparte la exigencia de la competencia de la autoridad registral extranjera y del respeto, en su caso, de los derechos de defensa de los interesados, extremos de los que no cabe dudar en el presente caso, se exige, como no puede ser de otro modo, que la certificación registral extranjera no produzca efectos contrarios al orden público internacional español."

50 "En primer término, la inscripción en el Registro Civil español del nacimiento y de la filiación de los nacidos en California en favor de dos sujetos varones no vulnera el orden público internacional español ya que también en Derecho español se admite la filiación en favor de dos varones en casos de adopción, sin que quepa distinguir entre hijos adoptados e hijos naturales, ya que ambos son iguales ante la Ley (art. 14 de la Constitución española [ RCL 1978, 2836]). Si la filiación de un hijo adoptado puede quedar establecida en favor de dos sujetos varones, idéntica solución debe proceder también en el caso de los hijos naturales."

51 "... el interés superior del menor aconseja proceder a la inscripción en el Registro civil español de la filiación que figura en el Registro extranjero y en la certificación registral extranjera a favor de dos mujeres

regala esta “perla”: la certificación registral no vulnera el art. 10 LRA porque el precepto se aplica en España y no en Los Ángeles<sup>52</sup>.

La Resolución fue objeto de recurso que llegó hasta el Tribunal Supremo. Y nuestro Alto Tribunal, como no podía ser de otra forma, falló el 6 de febrero de 2014<sup>53</sup> casando la sentencia de la Audiencia Provincial, sobre la base de los fundamentos que, a continuación, se explicitan<sup>54</sup>. A diferencia de la RDGRN, entiende que el control sobre los documentos que acceden al Registro se extiende a los aspectos sustantivos (y no solo a los formales), en consonancia con el art. 23 de la LRC; así, aprecia una contravención del orden público español, pues el art. 10 LRA y la prohibición en dicha norma contenida, integra el referido orden público<sup>55</sup>. Descarta que exista una discriminación por razón de sexo u orientación sexual, alegada por los recurrentes ni, tampoco, una vulneración del interés del menor. En este sentido, nuestro ordenamiento jurídico facilita al padre biológico el ejercicio de la acción de filiación y, posteriormente, posibilita la adopción por el esposo del padre, por lo que el reconocimiento de efectos de una certificación extranjera no es la única vía de poder establecer la filiación del menor con sus padres de intención<sup>56</sup>. Posteriormente, se volvió a recurrir al Tribunal Supremo invocando la nulidad de las actuaciones por vulneración de derechos fundamentales. El

---

o dos varones.”

- 52 “.. es indudable que los contratos de gestación por sustitución están expresamente prohibidos por las Leyes españolas (vid. art. 10.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida). Es indudable también que ‘la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto’ (art. 10.2 de la Ley 14/2006). Ahora bien, dicho precepto no es aplicable al presente caso, ya que no se trata de determinar la filiación de los nacidos en California, pues no procede determinar el ‘Derecho aplicable’ a la filiación y tampoco procede determinar la filiación de tales sujetos. Se trata, por el contrario, de precisar si una filiación ya determinada en virtud de certificación registral extranjera puede acceder al Registro Civil español.”
- 53 RAJ 2014, 833.
- 54 Sobre la sentencia vid. los comentarios de CORRAL GARCÍA, E., “Los menores nacidos mediante gestación por sustitución no pueden ser inscritos en el Registro Civil. Comentario a la STS de 6 de febrero 2014”, cit. 1910-1923.
- 55 “El control en que consiste este reconocimiento se extiende a que la certificación del Registro extranjero sea regular y auténtica, de modo que el asiento que certifica, en cuanto a los hechos de que da fe, tenga garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la Ley española. Pero también ha de extenderse a que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española. Así lo exige el art. 23 de la Ley del Registro Civil (RCL 2011, 143), al que sirven de desarrollo los preceptos reglamentarios citados. Por consiguiente, la simplicidad en el procedimiento de reconocimiento en España de la decisión de la autoridad administrativa extranjera encargada del Registro Civil de California no significa que el control deba limitarse a los aspectos formales, sino que ha de extenderse a cuestiones de fondo, en los términos en que se precisará.”. “...las normas aplicables a la gestación por sustitución o maternidad subrogada, en concreto el art. 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (RCL 2006, 1071), integran el orden público internacional español.”
- 56 “Existen en nuestro ordenamiento jurídico diversas instituciones que lo permiten. El propio art. 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (RCL 2006, 1071), en su párrafo tercero, permite la reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, por lo que, si alguno de los recurrentes lo fuera, podría determinarse la filiación paterna respecto del mismo. Asimismo, figuras jurídicas como el acogimiento familiar o la adopción permiten la formalización jurídica de la integración real de los menores en tal núcleo familiar.”

2 de febrero de 2015<sup>57</sup> el Tribunal emite una sentencia desestimatoria<sup>58</sup> de las pretensiones de las partes, quedando cerrado el proceso.

## 2. La inscripción: La Instrucción de la DGRN 2010, y la inexistencia de ningún pronunciamiento judicial al respecto.

El tema carecería de controversia alguna, si no fuera porque el 5 de octubre de 2010 (BOE 7 octubre 2010), la DGRN dicta una Instrucción donde diseña una permisiva vía administrativa, que supone una “admisión por vía de hecho reglamentaria” de la gestación subrogada en nuestro país<sup>59</sup>.

De acuerdo con la aludida Instrucción, los registradores deben inscribir la filiación de los niños nacidos por gestación por sustitución en países donde esta técnica de reproducción estuviera permitida, siempre que exista una resolución judicial que así la determine<sup>60</sup>. Si el procedimiento judicial fuera contradictorio, dicha resolución deberá pasar el correspondiente exequatur<sup>61</sup>, cuyo Auto acompañará a la misma para proceder a su inscripción<sup>62</sup>.

Sin embargo, si la filiación se determina en un procedimiento judicial semejante al de jurisdicción voluntaria, la resolución que le pone fin no deberá pasar el exequatur, y podrá inscribirse en el Registro si cumpla una serie de requisitos formales<sup>63</sup>, llamados “control incidental” en la Instrucción.

---

57 RAJ 2015, 141.

58 Se alegan dos vulneraciones: al derecho a la igualdad y al derecho a la intimidad familiar. En relación al principio de igualdad consideran los recurrentes que los menores han sido discriminados por razón de filiación; afirmación que, a juicio del Tribunal, carece de fundamento porque la decisión adoptada no está conectada con el sexo o la orientación sexual de los padres de intención. Sobre el derecho a la intimidad familiar médicamente asistida es desestimada pues “el derecho a crear una familia no es ilimitado y no incluye la facultad de establecer lazos de filiación por medios no reconocidos en el ordenamiento jurídico”.

59 Así lo denomina LASARTE ÁLVAREZ, C.: “La reproducción asistida y la prohibición legal de maternidad subrogada admitida de hecho vía reglamentaria”, cit. O. en la misma línea RONCESVALLES BARBER C.: “La legalización administrativa de la gestación por sustitución en España (Crónica de una ilegalidad y remedios para combatirla)”, cit. pp. 2905-2950.

60 “La inscripción de nacimiento de un menor, nacido en el extranjero como consecuencia de técnicas de gestación por sustitución, sólo podrá realizarse presentando, junto a la solicitud de inscripción, la resolución judicial dictada por Tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido.”

61 AP Málaga 3 diciembre 2013 (JUR 2013, 15881) no accede al exequatur por vulneración del orden público; en cambio el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Pozuelo de Alarcón 25 junio 2013 (AC 2013, 281) sí lo concede alegando el interés del menor.

62 “Salvo que resultará aplicable un Convenio internacional, la resolución judicial extranjera deberá ser objeto de exequatur según el procedimiento contemplado en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. Para proceder a la inscripción de nacimiento deberá presentarse ante el Registro Civil español, la solicitud de la inscripción y el auto judicial que ponga fin al mencionado procedimiento de exequatur.”

63 a) La regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualesquiera otros documentos que se hubieran presentado. b) Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española. c) Que se hubiesen garantizado los derechos procesales de las partes, en particular, de la madre gestante. d) Que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante. En especial, deberá verificar que el consentimiento de esta última se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia y que tiene capacidad natural suficiente. e) Que la resolución judicial es firme y que los consentimientos prestados son irrevocables, o bien, si estuvieran sujetos a un plazo de

En consecuencia, en países como California y, más recientemente, Nevada, donde está permitida la gestación subrogada y la filiación de los hijos se dispone en una resolución judicial (que puede, incluso, ser previa al nacimiento) dictada en un proceso similar al de jurisdicción voluntaria (no contradictorio), la inscripción de los hijos como tales de los padres de intención está abierta, sin que tenga la más mínima trascendencia el orden público español<sup>64</sup>.

### 3. La gestación subrogada en los Tribunales Europeos.

La primera sentencia dictada por un Tribunal europeo tiene lugar el 18 de marzo de 2014<sup>65</sup>, en ella el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) se pronuncia sobre la posible discriminación de una mujer irlandesa, madre de intención por medio de un convenio de gestación por sustitución, a la que el Estado irlandés le niega un permiso de maternidad. La resolución es clara y tajante: la normativa de la Unión Europea no ampara este derecho y no puede ser calificada como discriminatoria la negativa del Estado irlandés<sup>66</sup>. De su redacción y, sobre todo del fallo, se desprende que este Tribunal ignora la gestación por subrogación, ni siquiera para aplicarle a la madre de intención (en beneficios del menor ya nacido), de forma extensiva, los derechos laborales reconocidos en las Directivas en las que los recurrentes fundamentan su petición.

Nuestros Tribunales, en cambio, sí consideran que existe un interés del menor que justifica el derecho de los padres de intención a ser beneficiarios de

---

revocabilidad conforme a la legislación extranjera aplicable, que éste hubiera transcurrido, sin que quien tenga reconocida facultad de revocación, la hubiera ejercitado.”

64 Muchos son los pronunciamientos de la DGRN dictados con posterioridad a la Instrucción accediendo a la inscripción en aplicación de los requisitos en ella establecidos. Por ejemplo, 3 mayo 2011, JUR 2012, 107637; 6 mayo 2011, JUR 2012, 114782; 6 mayo 2011, JUR 2012, 110698; 6 mayo 2011, JUR 2012, 147776; 9 junio 2011, JUR 2012, 151439; 9 junio 2011, JUR 2012, 151438; 9 junio 2011, JUE 2012, 151437; 27 junio 2011, JUR 2012, 151441; 23 septiembre 2011, JUR 2012, 168313; 23 septiembre 2011, JUR 2012, 168314; 12 diciembre 2011, JUR 2012, 307191 22 diciembre 2011, JUR 2012, 307190; 19 diciembre 2014, RJA 2015, 5079. También se ha denegado la inscripción cuando no se acompaña la resolución judicial exigida en la Instrucción. En este sentido, por ejemplo, 23 diciembre 2011, JUR 2012, 168312; 15 abril 2013, JUR 2013, 327711; 20 noviembre 2014, JUR 2015, 259954; 19 diciembre 2014, JUR 2015, 259979; 19 diciembre 2014, JUR 2015, 256866; 19 diciembre 2014, JUR 2015, 256807.

65 TJCE 2014, 112.

66 “1) 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, en particular sus artículos 4 y 14, debe interpretarse en el sentido de que no constituye una discriminación basada en el sexo el hecho de denegar la concesión de un permiso retribuido equivalente al 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. La situación de una madre subrogante en lo concerniente a la atribución de un permiso por adopción no está comprendida en esta Directiva. 2) 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, debe interpretarse en el sentido de que no constituye una discriminación por motivo de discapacidad el hecho de denegar la concesión de un permiso retribuido equivalente a un permiso de maternidad o un permiso por adopción a una trabajadora incapacitada para gestar a un niño y que ha recurrido a un convenio de gestación por sustitución. La validez de esta Directiva no puede apreciarse en relación con la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, pero debe ser interpretada en la medida de lo posible de conformidad con esta Convención.”

permisos de paternidad/maternidad (según los casos), pudiendo afirmarse que la jurisprudencia se encuentra ampliamente consolidada en este punto<sup>67</sup>.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) se ha pronunciado en alguna ocasión sobre la gestación subrogada, pero siempre mediatizado por la existencia de menores nacidos bajo esta técnica, a los que este Tribunal sí estima prioritario proteger. Dicha protección es el fundamento de las sentencias, con fallos diferentes, pero con idéntica *ratio*, que se han generado en la materia. Por lo que no puede decirse, en modo alguno, que el TEDH ha cambiado o que una resolución es “mejor” que otra, pues todas obedecen a una misma razón de proceder (que, por otra parte, es la que debe prevalecer cuando existen menores perjudicados).

El 26 de junio de 2014 el TEDH, falla, de manera idéntica<sup>68</sup>, en dos casos contra Francia: caso *Menesson*<sup>69</sup> y caso *Labassee*<sup>70</sup>. En ambos se plantea el mismo supuesto: niños gestados en el Estado de California por matrimonios heterosexuales con material biológico de los padres de intención y con filiación determinada por una resolución judicial del país de la gestación. Los menores vivían con los padres de intención (por lo que existían vínculos afectivos) y Francia carece de un precepto similar al art. 10.3 LRA, sobre el que es posible determinar la filiación del hijo biológico y la posterior adopción del cónyuge, sin necesidad de vulnerar la prohibición del 10.1 LRA (alegando interés del menor). En este escenario, el Tribunal estima que la negativa a inscribir la filiación en el Registro francés supone una infracción del art. 8 del Convenio Europeo de Derechos

67 Entre otras, pues ya es jurisprudencia consolidada en el orden laboral, TSJ Madrid 12 febrero 2016, AS 2016, 737 y del SSTs 25 octubre 2016, RJA 318, 2016; 16 noviembre 2016, RJA 2016, 3146; 30 noviembre 2016, RAJ 2016, 6516; 22 noviembre 2017, RAJ 2017, 5401 y 14 diciembre 2017, RAJ 2017, 5889. Sobre el particular, vid. CERVILLA GARZÓN, M.J.: “Gestación subrogada y derecho a prestación por maternidad. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2016” *Revista Aranzadi Doctrinal*, n° 4, 2017, pp. 131-138, de la misma autora “El avance hacia el reconocimiento del derecho a la prestación por maternidad y otros derechos sociales en los supuestos de gestación por sustitución”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2016, n° 188, pp. 179-200; y MERCADER UGUINA J.: “La creación por el Tribunal Supremo de la prestación por maternidad subrogada: a propósito de las SSTs de 25 de octubre de 2016 y de 16 de noviembre de 2016”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2017), Vol. 9, N° 1, pp.454-467.

68 En sentido idéntico también la sentencia TEDH 21 julio 2016, caso *Foulon y Bouvet* contra Francia, TEDH 2016,61: “El Tribunal recuerda que la constatación de la violación del Convenio (RCL 1999, 1190 y 1572) al que se ha llegado en el presente asunto resulta únicamente de una violación del derecho de los demandantes segunda, cuarto y quinto con respecto a su vida privada. Conviene por tanto rechazar las reclamaciones en su totalidad desde el momento que surgen de los demandantes primero y tercero y que se refieren a la violación del derecho al respeto de la vida familiar de los otros demandantes. Siendo así, el Tribunal considera que conviene otorgar a estos la misma cantidad que la otorgada en los asuntos *Menesson* y *Labassee* citados. Por tanto, acuerda 5.000 euros a cada uno de los demandantes segunda, cuarto y quinto”.

69 JUR 2014, 176908.

70 JUR 2014, 176905.

Humanos, precepto que reconoce el derecho a la intimidad y a la vida privada de los menores<sup>71</sup>.

En cambio, el 24 de enero de 2017 el mismo Tribunal emite una resolución diametralmente opuesta en el caso *Paradiso y Campanelli contra Italia*, cuya primera sentencia es de 27 de enero de 2015<sup>72</sup>. Los hechos que las provocan son los siguientes: un matrimonio italiano heterosexual acude a Rusia para ser padres por medio de la gestación por sustitución, sin que el hijo nacido en 2010 tenga material genético de ninguno de los padres de intención. En mayo 2011 se le deniega la inscripción del certificado de nacimiento por haber alterado el estado

71 “Comme la Cour l’a rappelé, le respect de la vie privée exige que chacun puisse établir les détails de son identité d’être humain, ce qui inclut sa filiation (paragraphe 46 ci-dessus); un aspect essentiel de l’identité des individus est en jeu dès lors que l’on touche à la filiation (paragraphe 80 ci-dessus). Or, en l’état du droit positif, les troisième et quatrième requérantes se trouvent à cet égard dans une situation d’incertitude juridique. S’il est exact qu’un lien de filiation avec les premiers requérants est admis par le juge français pour autant qu’il est établi par le droit californien, le refus d’accorder tout effet au jugement américain et de transcrire l’état civil qui en résulte manifeste en même temps que ce lien n’est pas reconnu par l’ordre juridique français. Autrement dit, la France, sans ignorer qu’elles ont été identifiées ailleurs comme étant les enfants des premiers requérants, leur nie néanmoins cette qualité dans son ordre juridique. La Cour considère que pareille contradiction porte atteinte à leur identité au sein de la société française. Par ailleurs, même si l’article 8 de la Convention ne garantit pas un droit d’acquérir une nationalité particulière, il n’en reste pas moins que la nationalité est un élément de l’identité des personnes (Genovese c. Malte, no 53124/09, § 33, 11 octobre 2011). Or, comme la Cour l’a relevé précédemment, bien que leur père biologique soit français, les troisième et quatrième requérantes sont confrontées à une troublante incertitude quant à la possibilité de se voir reconnaître la nationalité française en application de l’article 18 du code civil (paragraphe 29 ci-dessus). Pareille indétermination est de nature à affecter négativement la définition de leur propre identité. La Cour constate en outre que le fait pour les troisième et quatrième requérantes de ne pas être identifiées en droit français comme étant les enfants des premiers requérants a des conséquences sur leurs droits sur la succession de ceux-ci. Elle note que le Gouvernement nie qu’il en aille de la sorte. Elle relève toutefois que le Conseil d’État a souligné qu’en l’absence de reconnaissance en France de la filiation établie à l’étranger à l’égard de la mère d’intention, l’enfant né à l’étranger par gestation pour autrui ne peut hériter d’elle que si elle l’a institué légataire, les droits successoraux étant alors calculés comme s’il était un tiers (paragraphe 37 ci-dessus), c’est-à-dire moins favorablement. La même situation se présente dans le contexte de la succession du père d’intention, fût-il comme en l’espèce le père biologique. Il s’agit là aussi d’un élément lié à l’identité filiale dont les enfants nés d’une gestation pour autrui pratiquée à l’étranger se trouvent privés. Il est concevable que la France puisse souhaiter décourager ses ressortissants de recourir à l’étranger à une méthode de procréation qu’elle prohibe sur son territoire (paragraphe 62 ci-dessus). Il résulte toutefois de ce qui précède que les effets de la non reconnaissance en droit français du lien de filiation entre les enfants ainsi conçus et les parents d’intention ne se limitent pas à la situation de ces derniers, qui seuls ont fait le choix des modalités de procréation que leur reprochent les autorités françaises: ils portent aussi sur celle des enfants eux-mêmes, dont le droit au respect de la vie privée, qui implique que chacun puisse établir la substance de son identité, y compris sa filiation, se trouve significativement affecté. Se pose donc une question grave de compatibilité de cette situation avec l’intérêt supérieur des enfants, dont le respect doit guider toute décision les concernant. Cette analyse prend un relief particulier lorsque, comme en l’espèce, l’un des parents d’intention est également géniteur de l’enfant. Au regard de l’importance de la filiation biologique en tant qu’élément de l’identité de chacun (voir, par exemple, l’arrêt *Jäggi* précité, § 37), on ne saurait prétendre qu’il est conforme à l’intérêt d’un enfant de le priver d’un lien juridique de cette nature alors que la réalité biologique de ce lien est établie et que l’enfant et le parent concerné revendiquent sa pleine reconnaissance. Or, non seulement le lien entre les troisième et quatrième requérantes et leur père biologique na pas été admis à l’occasion de la demande de transcription des actes de naissance, mais encore sa consécration par la voie d’une reconnaissance de paternité ou de l’adoption ou par l’effet de la possession d’état se heurterait à la jurisprudence prohibitive établie également sur ces points par la Cour de cassation (paragraphe 34 ci-dessus). La Cour estime, compte tenu des conséquences de cette grave restriction sur l’identité et le droit au respect de la vie privée des troisième et quatrième requérantes, qu’en faisant ainsi obstacle tant à la reconnaissance qu’à l’établissement en droit interne de leur lien de filiation à l’égard de leur père biologique, l’État défendeur est allé au-delà de ce que lui permettait sa marge d’appréciation. Étant donné aussi le poids qu’il y a lieu d’accorder à l’intérêt de l’enfant lorsqu’on procède à la balance des intérêts en présence, la Cour conclut que le droit des troisième et quatrième requérantes au respect de leur vie privée a été méconnu.

72 TEDH 2015,17.

civil del niño y vulneración de la ley de adopción (pues el contrato de gestación había sido oneroso). Practicadas las pruebas biológicas que acreditan que el hijo no es biológicamente de los padres de intención el menor es retirado y dado en adopción.

Ante esta situación, los padres de intención presentan recurso ante el TEDH por entender que el Estado italiano le ha vulnerado su derecho a la vida familiar y a la intimidad que reconoce el art. 8 del Convenio, al haberlo privado del hijo concebido en Rusia y, en ese momento, adoptado ya por otra familia. Y el TEDH le da la razón, condenando a Italia al pago de una cantidad por el daño moral ocasionado al matrimonio recurrente<sup>73</sup>.

Recurrida por el Estado italiano, la sentencia de 24 de enero de 2017<sup>74</sup> pone fin al procedimiento. Esta vez, considera el TEDH que no se ha vulnerado, con relación al menor, su derecho a la vida familiar y a la intimidad del art. 8 del Convenio, pues al estar ya el menor integrado en su familia adoptiva y carecer de lazos biológicos con los padres de intención, el interés del menor no justifica que sea privado de la que es su familia para ser obligado a convivir con personas que son extraños para él<sup>75</sup>.

Aunque han resuelto supuestos en los que existía un contrato de gestación subrogada, en verdad, los Tribunales europeos no se han pronunciado expresamente sobre la gestación por sustitución; pues, en el fondo de sus sentencias, lo que subyacen son dos postulados que sustentan la argumentación: el interés del menor, en primer lugar, y en segundo lugar los lazos biológicos del menor con los padres de intención<sup>76</sup>.

73 Muy interesante, como pone de manifiesto FARNÓS AMORÓS, E.: "Paradiso y Campanelli c. Italia (II): los casos difíciles crean mal Derecho", en *Revista de Bioética y Derecho* núm. 40, julio, 2017, pp. 231-242, concretamente la cita es a la p. 233, la siguiente reflexión del TEDH: "la referencia al orden público no puede, sin embargo, otorgar carta blanca para cualquier medida, puesto que el Estado tenía la obligación de velar por el interés superior del menor, con independencia de la naturaleza del vínculo parental, genético o de otro tipo".

74 JUR 2017, 25806.

75 "La Cour ne sous-estime pas l'impact que la séparation immédiate et irréversible d'avec l'enfant doit avoir eu sur la vie privée des requérants. Si la Convention ne consacre aucun droit de devenir parent, la Cour ne saurait ignorer la douleur morale ressentie par ceux dont le désir de parentalité n'a pas été ou ne peut être satisfait. Toutefois, l'intérêt général en jeu pèse lourdement dans la balance, alors que, comparativement, il convient d'accorder une moindre importance à l'intérêt des requérants à assurer leur développement personnel par la poursuite de leurs relations avec l'enfant. Accepter de laisser l'enfant avec les requérants, peut-être dans l'optique que ceux-ci deviennent ses parents adoptifs, serait revenu à légaliser la situation créée par eux en violation de règles importantes du droit italien. La Cour admet donc que les juridictions italiennes, ayant conclu que l'enfant ne subirait pas un préjudice grave ou irréparable en conséquence de la séparation, ont ménagé un juste équilibre entre les différents intérêts en jeu en demeurant dans les limites de l'ample marge d'appréciation dont elles disposaient en l'espèce."

76 En este sentido, MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: [https://www.bioeticaweb.com/wp-content/uploads/2017/.../Maternidad\\_subrogada.pdf](https://www.bioeticaweb.com/wp-content/uploads/2017/.../Maternidad_subrogada.pdf).

#### 4. La situación actual de no Derecho y cómo salir de ella.

La situación descrita desde la publicación en el BOE de la Instrucción de la DGRN de 2010 es de total esquizofrenia. De un lado el Tribunal Supremo se ha manifestado aplicando la prohibición del art. 10 LRA, con una doctrina clara y congruente con nuestro ordenamiento jurídico; y de otro, un órgano administrativo (que no judicial, como es la DGRN) propicia que se realicen actos jurídicos que vulneran dicha prohibición (y, por tanto, al orden público). Si los fiscales recurrieran dichas inscripciones (como en su día hicieron con la pareja de Valencia y que ha dado lugar al único pronunciamiento existente, hasta ahora, del Alto Tribunal), el Tribunal Supremo fallaría, pues no puede ser de otra forma, de acuerdo con la sentencia de 2014<sup>77</sup>.

Ante la pasividad del Ministerio Público, poco pueden hacer los jueces que no sea observar cómo no se cumplen las leyes en un país que, según la Constitución, se encuentra bajo el imperio de la ley.

No obstante, los juristas no debemos permanecer impasible y es nuestra obligación, no sólo hacer visible la “legalización de hecho” (y solo para las clases pudientes que, son, en definitiva, las que se pueden permitir viajar a otros países y pagar las altas cantidades que el proceso genera), sino proponer vías para salir de ella.

Quizás lo más fácil y congruente con el Estado de Derecho (a mi juicio) es aplicar las leyes; en este caso, la LRA 2006. Tal y como hemos argumentado, en la medida que no existe un derecho a ser padres, la prohibición del art. 10 de la LRA tiene un encaje dentro del marco constitucional, por lo que no es posible encontrar objeción alguna de corte jurídico que justifique su ignorancia. Ahora bien, dar marcha atrás y deshacer situaciones fácticas, creadas o propiciadas desde el propio poder político (el gobierno de Zapatero en 2010, fecha de la Instrucción, y los dos gobiernos posteriores de Rajoy, que consolidan el entorno dibujado por la Instrucción), tampoco es “plato de buen gusto”, pues generaría un considerable revuelo mediático al existir menores implicados.

---

77 Para completar el escenario, existe un Informe del Comité de Bioética de 16 de mayo 2017, que llega a proponer la prohibición internacional de gestación por sustitución y que se manifiesta radicalmente en contra de cualquier regulación permisiva de esta práctica. Informe que no es del agrado de VELA SÁNCHEZ, A.J., quien así se manifiesta en “¿En serio? Yo alucino con el Comité: a propósito del Informe del Comité de Bioética de España sobre aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada”, cit. Además, actualmente se encuentra en tramitación parlamentaria Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación, publicada con la referencia 122/000117 en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, serie B, de 8 de septiembre de 2017, presentada por el partido Ciudadanos, que regula “tímidamente” la materia. Además, nuestro Tribunales están reconociendo prestaciones de maternidad a los padres de los hijos nacidos por gestación subrogada fuera de nuestro país, como hemos expuesto en el epígrafe precedente. El Informe puede consultarse en [http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe\\_comite\\_bioetica\\_aspectos\\_eticos\\_juridicos\\_maternidad\\_subrogada.002.pdf](http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.002.pdf).

Si no se aplica la normativa actual, la segunda vía que proponemos es regular la gestación subrogada en España. Hagamos, pues, una ley que se cumpla. Dicha opción, también goza de implicaciones políticas que, parece, no se quieren asumir; ya que, si en algo están de acuerdo (por distintas razones) sectores progresistas y conservadores es en mantener la prohibición (formal, diría yo...) de la gestación subrogada.

Creemos que ha quedado claro en el discurso que aplicar “de verdad” la normativa actual es factible, no es inconstitucional, no vulnera derechos, no es contrario a la jurisprudencia europea y es lo adecuado y conforme a nuestra condición de Estado de Derecho.

Ahora bien, si la regulación de esta materia (o no regulación, o prohibición) es una opción de política legislativa (reflexión con la que iniciamos este trabajo, pues es este un pilar de la argumentación que en el mismo se contienen), debemos plantearnos, ¿hasta dónde puede llegar el legislador?, ¿qué límites constitucionales, si hay alguno, existen?

#### IV. CONCLUSIÓN: LA DIGNIDAD DE LA MUJER GESTANTE, ÚNICO LÍMITE CONSTITUCIONAL.

Para mantener la afirmación que da título a este epígrafe, debemos partir del recurso de inconstitucionalidad planteado en su día donde se cuestionaba la vulneración de la LRA de una serie de derechos fundamentales. En la sentencia desestimatoria el TC dejó muy claro que la LRA ni vulnera el derecho a la vida ni mucho menos la protección constitucional de la familia<sup>78</sup>, deteniéndose, en este último punto, en considerar el encaje constitucional del anonimato del donante<sup>79</sup>

78 “Desde este entendimiento de la familia, es evidente que las técnicas de reproducción asistida reguladas en la Ley no implican, por sí mismas, un menoscabo de su protección constitucional ni, por lo tanto, del principio establecido en el art. 39.1 C.E. Es por ello perfectamente lícito, desde el punto de vista constitucional, la disociación entre progenitor biológico y padre legal que sirve de fundamento a ciertas reglas contenidas fundamentalmente en los arts. 8 y 9 de la Ley. Por otra parte, el argumento de los recurrentes, en el sentido de que en los supuestos de adopción la diferencia entre la paternidad o maternidad biológica y la legal se justifica por razones de protección del interés del hijo, lo que no ocurre en relación con las hipótesis contempladas en la Ley 35/1988, supone desconocer la finalidad primera y justificativa de la propia Ley que es, precisamente, la de posibilitar la fecundación y, por ende, la creación o el crecimiento de la familia como unidad básica y esencial de convivencia.”

79 “Habida cuenta de lo expuesto, hemos de rechazar la alegada inconstitucionalidad del art. 5, apartado 5, de la Ley impugnada. Ha de señalarse, en primer término, que el anonimato de los donantes que la Ley trata de preservar no supone una absoluta imposibilidad de determinar su identidad, pues el mismo precepto dispone que, de manera excepcional, «en circunstancias extraordinarias que comporten un comprobado peligro para la vida del hijo, o cuando proceda con arreglo a las leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad del donante, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto». Asimismo, el mencionado precepto legal atribuye a los hijos nacidos mediante las técnicas reproductoras artificiales, o a sus representantes legales, el derecho a obtener información general de los donantes, a reserva de su identidad, lo que garantiza el conocimiento de los factores o elementos genéticos y de otra índole de su progenitor. No puede afirmarse, por ello, que la regulación legal, al preservar la identidad de los donantes, ocasione consecuencias perjudiciales para los hijos con alcance bastante para afirmar que se produce una desprotección de éstos.”

(que, en cambio, ha sido abordado en sentido contrario en la reciente sentencia del Tribunal Constitucional portugués, a la que nos hemos referido en epígrafes precedentes). Tampoco, por razones obvias, es el interés del menor un argumento que restrinja la norma, pues el hecho de que la filiación del menor se determine por el consentimiento y a favor de progenitores no biológicos es algo completamente superado por habitual en la sociedad española, desde que se aprobó la primera LRA en 1988. Igualmente, que la gestación tenga lugar en un vientre diferente del de la madre de intención no es una circunstancia de la que pudiera derivarse consecuencias nocivas para el menor.

En este escenario, la posible inconstitucionalidad de una hipotética ley que regulara la gestación subrogada en España, solo podría producirse si la norma vulnera la dignidad de la gestante, protegida en el art. 10 de nuestra Constitución.

La utilización del cuerpo de una mujer convirtiéndola en “vasija”<sup>80</sup>, cosificando un órgano tan definitorio de la condición femenina como es el útero con fines comerciales es, sin duda, una observación que convertiría en inconstitucional cualquier legislación que produjese ese resultado y que, evidentemente, no debe tener lugar en un Estado de Derecho donde se respetan y se reconocen derechos fundamentales a sus súbditos.

Con todo, considero que, como jurista y mujer, es posible afinar más la argumentación. Pues una protección tan extrema como la prohibición de la técnica en cualquier contexto, en cualquier marco normativo, por paternalista, es también merecedora de observaciones desde el derecho al libre desarrollo de la personalidad de las mujeres.

Dos son los mecanismos de los que puede valerse el legislador para salvaguardar la dignidad de la mujer gestante: controlar el acceso a las técnicas, de manera que no cualquier mujer ni en cualquier situación puede asumir el rol y controlar que el consentimiento emitido sea libre, consciente y voluntario. Ambos peligros (mujeres de bajos recursos explotadas y cosificadas y consentimiento libre) se encuentran íntimamente conectados, ya que la mujer que se ve impelida por su situación económica a gestar para otra, no es libre para consentir, al estar su voluntad mediatizada por la situación desfavorable que la lleva a ello.

Es verdad que un contrato gratuito y con finalidad terapéutica como el propuesto por el grupo Ciudadanos, actualmente en tramitación parlamentaria, o el regulado en Portugal por la Ley de 2016, encajaría, sin dificultad, en los mimbres constitucionales. Pues al eliminar el fin crematístico desaparece la tan temida

---

80 Expresión gráfica utilizada en una famosa campaña publicitaria iniciada por filósofas y constitucionalistas españolas y a la que se sumaron colectivos feministas con el lema “No somos vasijas”.

“cosificación”, que ha llevado a algunos estudiosos del tema y contrarios a su regulación por diferentes motivos, a hablar de “granjas de mujeres”, como resultado pernicioso del proceso. Si no hay dinero, no hay negocio y, en consecuencia, el peligro de mercantilización desaparece.

Elevar la edad para ser gestante por encima de la mayoría de edad y el hecho de haber sido madre previamente, son dos fórmulas viables y creo que necesarias para asegurar el consentimiento válido, amén de los controles de consentimiento informado y formalización del contrato usuales como técnica de protección de colectivos vulnerables en el Derecho privado.

Desde esta perspectiva, se puede afirmar que una normativa que concibiera el contrato como gratuito, con finalidad terapéutica, en la que se incluyeran controles formales del consentimiento, así como una reducción del espectro de la gestante, limitando el número de gestaciones, no vulneraría nuestra Constitución, pues la dignidad de la mujer estaría salvaguardada.

Pero, si bien la gratuidad y la finalidad terapéutica de la gestación subrogada, de entrada, facilitan la constitucionalidad de una ley sobre la materia, creo que podríamos preguntarnos si es posible que una regulación onerosa y sin dicha finalidad, *per se*, atentaría a la dignidad de la gestante.

En este sentido, y aunque estimo que la sociedad española no se encuentra preparada para ello ni que tampoco existe una demanda social que justifique una actuación del legislador en el sentido que, a continuación, voy a exponer, dichas circunstancias no son un obstáculo para que nos planteemos tal posibilidad, al menos desde un punto de vista formal. Enlazando con lo apuntado anteriormente en orden a los dos controles que, entiendo, deben concurrir en cualquier legislación sobre gestación subrogada para que no atente a la dignidad de la mujer (control de acceso y control del consentimiento), ambos pueden establecerse al margen de la gratuidad o no del contrato o de la finalidad terapéutica del mismo.

Así pues, una normativa (similar a la actualmente en vigor en el Estado de California), que establezca controles al acceso de la técnica por la mujer gestante, (como son la edad, haber sido madre, disponer de una situación económica solvente y limitando el número de subrogaciones a un máximo de dos) y que garantice la voluntariedad del consentimiento, ordenando la formalización del mismo con intervención del notario y de abogados independientes asesorando a las partes contratantes, incluyendo protocolos de consentimiento informados previos al contrato, creo que pasaría, sin dificultad, el filtro constitucional. Pues, en ese escenario, ¿qué derecho constitucional se vulneraría si una mujer madura, consciente, con una situación económica solvente, decidiera por una vez (o dos) gestar un hijo para otra cobrando, por ello, una cantidad económica?

## BIBLIOGRAFÍA

ATIENZA, M.: "La gestación por sustitución", [https://elpais.com/elpais/2017/04/19/opinion/1492609931\\_165365.html](https://elpais.com/elpais/2017/04/19/opinion/1492609931_165365.html)

ÁLVAREZ CONDE, E y TUR AUSINA, R.: "El Derecho y los vientres de alquiler", <http://www.elmundo.es/opinion/2017/05/22/5921cc8e468aeb304e8b4637.html>

BERYS, F.: "Interpreting a rent-a-womb contract: how California Courts should proceed when gestational surrogacy arrangements go sour", *California Western Law Review*, volumen 42, nº 2, 2006, pp. 322-352.

CABEZUDO BAJO, M.J.: "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*, nº 46, enero-junio 2017, pp. 59-120.

CÁMARA AGUILA, M.P.: "Sobre la constitucionalidad de la Ley de Reproducción Asistida", *Derecho Privado y Constitución*, nº 13 (1999), pp.117-148.

CERVILLA GARZÓN, M.J.: "Gestación subrogada y derecho a prestación por maternidad. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2016" *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 4, 2017, pp. 131-138.

CERVILLA GARZÓN, M.J.: "El avance hacia el reconocimiento del derecho a la prestación por maternidad y otros derechos sociales en los supuestos de gestación por sustitución", *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2016, nº 188, pp. 179-200.

CORRAL GARCÍA, E.: "El derecho a la reproducción humana. ¿Debe permitirse la maternidad subrogada?", en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 38/2013.

CORRAL GARCÍA, E.: "Los menores nacidos mediante gestación por sustitución no pueden ser inscritos en el Registro Civil. Comentario a la STS de 6 de febrero 2014", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 744, pp. 1910-1923.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "Notas sobre la gestación por sustitución en el Derecho español", en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 4, febrero 2016, pp. 349-357.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida (un análisis crítico de la experiencia jurídica española, treinta años después

de la aprobación de la primera regulación legal sobre la materia)", en la obra colectiva *Principi, regole, e interpretazione contratti e obbligazioni, famiglie e successioni*, Ed. Universitas Studiorum, Mantova, 2017, pp. 583-602.

FARNÓS AMORÓS, E.: "Paradiso y Campanelli c. Italia (II): los casos difíciles crean mal Derecho", en *Revista de Bioética y Derecho* núm. 40, julio, 2017, pp. 231-242.

GONÇALO DIAS PEREIRA, A.: "Gestação de substituição e aceso de todas as mulheres à procriação medicamente assistida em Portugal: as leis de 2016 e as profundas transformações no direito da filiação", en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, febrero 2018, pp. 32-47.

GÓMEZ SÁNCHEZ, Y.: *El derecho a la reproducción humana*, Ed. Marcial Pons, 1994.

GUIMÁRAES, R.: "Subitamente, no verão passado: a contratualização da gestação humana e os problemas relativos ao consentimento", en las Actas del Seminario Internacional *Debatendo a Procriação Medicamente Assistida*, celebrado en Oporto días 16 y 17 marzo 2017, pp. 107-127.

JACKSON, J.: "California egg: the high costs of avoiding unenforceable surrogacy contract", *The Journal of High Technology Law*, vol. 15, nº 12, julio 2015.

LAMM, E.: *Gestión por sustitución: ni maternidad subrogada, ni vientres de alquiler*, Ed. Universidad de Barcelona, 2013.

LAMM, E.: "Gestión por sustitución: realidad y Derecho, *InDret*, nº 3, 2012, pp. 1-49.

LAMM, E.: "Parámetros jurisprudenciales en los casos de gestación por sustitución internacional. Los lineamientos del TEDH y sus repercusiones en el contexto global", *Revista de Bioética y Derecho*, nº 37, pp. 149-170.

LASARTE ÁLVAREZ, C.: "La reproducción asistida y la prohibición legal de maternidad subrogada admitida de hecho vía reglamentaria", *Diario La Ley*, nº 7777, 2012.

MARRADES PUIG, A.: "El debate sobre la gestación subrogada en España: entre el deseo, la dignidad y los derechos", *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 2017, pp. 154-177.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: "El Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la maternidad subrogada", [https://www.bioeticaweb.com/wp-content/uploads/2017/.../Maternidad\\_subrogada.pdf](https://www.bioeticaweb.com/wp-content/uploads/2017/.../Maternidad_subrogada.pdf).

MENGUAL, A.: "La maternidad subrogada", *Revista Internacional de Derechos Humanos*, n6, 2016, pp. 231-251.

MERCADER UGUINA, J.: "La creación por el Tribunal Supremo de la prestación por maternidad subrogada: a propósito de las SSTs de 25 de octubre de 2016 y de 16 de noviembre de 2016", en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2017), Vol. 9, N° 1, pp.454-467.

PANTALEÓN PRIETO, F.: "Técnicas de reproducción asistida y Constitución", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* 129' Núm. 15. Mayo-agosto 1993, pp. 129-160.

RODRÍGUEZ-YONG, C. A., y XIMENA MARTÍNEZ-MUÑOZ, K.: "El contrato de maternidad subrogada: la experiencia estadounidense", *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 25, n° 2, diciembre 2012, pp. 1-15.

RONCESVALLES BARBER, C.: "La legalización administrativa de la gestación por sustitución en España (Crónica de una ilegalidad y remedios para combatirla)", *RCDI*, n° 739, pp. 2905-2950.

SILVA-RUIZ, P.F.: "Baby M y el contrato de maternidad subrogada, sustituta o suplente", *Boletín del Ministerio de Justicia*, n° 1503, 1988, pp. 3898-3937.

VELA SÁNCHEZ, A.J.: "Problemas prácticos del convenio de gestación por sustitución o maternidad subrogada en nuestro ordenamiento jurídico", *Revista de Derecho de familia*, n° 53, pp. 63-86.

VELA SÁNCHEZ, A.J.: "La gestación por encargo desde el análisis económico del Derecho: medidas anticrisis desde el Derecho de familia", *Diario La Ley*, n° 8055, 2013.

VELA SÁNCHEZ, A.J.: "¿En serio? Yo alucino con el Comité: a propósito del Informe del Comité de Bioética de España sobre aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada", en *Diario La Ley*, n° 9035, 2017, pp. 1 y ss.

VELA SÁNCHEZ, A.: "La gestación por sustitución se permite en Portugal", *Diario La Ley*, n° 8868, 22 noviembre 2016, p. 1.

VELA SÁNCHEZ, A.: "La gestación por sustitución ya es efectiva en Portugal. A propósito del Reglamento portugués n° 6/2017, de 31 de julio", *Diario La Ley*, n° 9091, de 29 noviembre 2017.

## JURISPRUDENCIA

### ***Tribunal Constitucional***

S. 17 junio 1999, BOE 8 julio 1999

### ***Tribunal Europeo de Derecho Humanos***

S. 26 de junio 2014, Mennesson contra Francia JUR 2014, 176908

S. 26 de junio 2014, Labassee contra Francia JUR 2014, 176905

S. 27 de enero 2015, Paradiso y Campanelli, TEDH, 2015, 17

S.21 julio 2016, Folulon y Bouvet contra Francia. TEDH 2016, 61

S.24 enero de 2017, Paradiso y Campanelli, JUR 2017, 25806

### ***Tribunal Justicia Europeo***

S. 18 marzo 2014, TJCE 2014, 112

### ***Tribunal Supremo***

S. 6 febrero 2014, RAJ 2014, 833

S. 2 de febrero 2015, RAJ 2015, 141

S. 25 octubre 2016, RJA 2016, 318,

S. 16 noviembre 2016, RJA 2016, 3146

S. 30 noviembre 2016, RAJ 2016, 6516

S. 22 noviembre 2017, RAJ 2017, 5401

S. 14 diciembre 2017, RAJ 2017, 5889.

### ***Dirección General de los Registros y del Notariado.***

R. 18 de febrero 2009, RJA 2009, 1735

I. 5 de octubre 2010, BOE 7 octubre 2010

R. 3 mayo 2011, JUR 2012, 107637

R. 6 mayo 2011, JUR 2012, 114782

R. 6 mayo 2011, JUR 2012, 110698

R. 6 mayo 2011, JUR 2012, 147776

R. 9 junio 2011, JUR 2012, 151439

R. 9 junio 2011, JUR 2012, 151438

R. 9 junio 2011, JUR 2012, 151437

R. 27 junio 2011, JUR 2012, 151441

R. 23 septiembre 2011, JUR 2012, 168313

R. 23 septiembre 2011, JUR 2012, 168314

R. 12 diciembre 2011, JUR 2012, 307191

R. 22 diciembre 2011, JUR 2012, 307190

R. 23 diciembre 2011, JUR 2012, 168312

R. 15 abril 2013, JUR 2013, 327711

R. 20 noviembre 2014, JUR 2015, 259954

R. 19 diciembre 2014, RJA 2015, 5079

R. 19 diciembre 2014, JUR 2015, 259979

R. 19 diciembre 2014, JUR 2015, 256866

R. 19 diciembre 2014, JUR 2015, 256807

***Tribunal Superior de Justicia de Madrid***

S. 12 febrero 2016, AS 2016, 737

***Audiencia Provincial de Málaga***

S. 3 diciembre 2013, JUR 2013, 15881

***Juzgado Primera Instancia de Pozuelo de Alarcón***

S. 25 junio 2013, AC 2013, 281

***Tribunal Constitucional de Portugal***

S. 24 abril 2018, <http://www.lawandtrends.com/noticias/constitucional/el-tribunal-constitucional-portugues-anula-la-ley-de-vientres-de-alquiler-l.html>

***Corte Suprema de New Jersey***

S. 3 febrero 1988, caso Baby M. 109 N.J. 396. 5 37 A.2d 1227

***Corte Suprema de California***

S. 20 mayo 1993, Jhonson v. Calvert, 5 Cal 4th 84. 19 Cai.Rptr 2d 494; 851 P.2d 776

S. 10 junio 1994, In re Marriage of Moschetta, 25 Cal.App.4th 1218

S. 10 de mayo 1998, In re Marriage of Buzzanca 61Cal.App.4th 1410, 72 Cal. Rptr.2d 280

S. 22 agosto 2005, Kristine H. v. Lisa.R. 37 Cal 4th 156

S.22 agosto 2005, Elisa B. v. Superior Court, C117.P:3d 660