

# La maternidad subrogada vulnera el principio constitucional de la seguridad jurídica.

## La imperiosa necesidad de buscar una solución al problema español: cambio legislativo o cumplimiento de la ley\*

**Aitziber Emaldi Ciri3n**

Profesora Titular de Derecho Constitucional y  
Profesora de Bio3tica y Derecho.  
Miembro del Comit3 de 3tica de Investigaci3n  
de la Universidad Deusto.  
Facultad de Derecho. Universidad de Deusto  
[aitziber.emaldi@deusto.es](mailto:aitziber.emaldi@deusto.es)

ISSN 1989-7022

### Surrogacy Violates the Constitutional Principle of Legal Certainty. The Urgent Need to Find a Solution to the Spanish Problem: Legislative Change or Law Enforcement

**RESUMEN:** La gesti3n por sustituci3n, es actualmente la v3a preferente para que parejas homosexuales, heterosexuales con problemas espec3ficos, y para el var3n en solitario, puedan tener descendencia. En Espa3a est3 prohibida esta pr3ctica y sin embargo, cada vez m3s espa3oles acuden al extranjero para tener descendencia mediante esta t3cnica y cuando regresan a Espa3a inscriben a los hijos como propios, en contra y en fraude de ley. Ante esta situaci3n el Estado Espa3ol no tiene una postura clara vulnerando as3 la seguridad jur3dica que deber3a garantizarse de acuerdo con la Constituci3n.

**ABSTRACT:** Nowadays, surrogate pregnancy is becoming the option of heterosexual couples with specific problems, male couples, and males without a female partner to have a child. Spanish legislation punish this practice but Spanish people go to another country to carry out surrogacy and the Spanish Government doesn't do anything to clarify this situation and to guarantee the Spanish Constitution Principle of Legal Certainty.

**PALABRAS CLAVE:** Seguridad jur3dica, Dignidad, T3cnicas de reproducci3n asistida, Gesti3n por sustituci3n, Filiaci3n, Bio3tica, Consentimiento informado, Intimidad

**KEYWORDS:** Legal Certainty, Dignity, Assisted Reproductive Techniques, Surrogacy, Filiation, Bioethics, Informed Consent, Privacy

## 1. Planteamiento de la cuesti3n

La gesti3n por sustituci3n, tambi3n conocida como maternidad subrogada o vientre de alquiler, se lleva a cabo cuando una mujer se presta, mediante contraprestaci3n o sin ella, a gestar y alumbrar a una criatura por cuenta de una pareja o individuo comitente, a quien se le entregar3 tras su nacimiento asumiendo aqu3llos la paternidad-maternidad legal de la criatura.

Cuando hace unos a3os se hablaba de esta pr3ctica se pensaba en ella como una t3cnica de reproducci3n asistida para ayudar a personas inf3rtils o que no fueran capaces de gestar una criatura, pi3nse en mujeres con ausencia de 3tero, o con 3tero pero sin capacidad de implantaci3n embrionaria. No obstante, desde que el ordenamiento jur3dico espa3ol permitiera los matrimonios del mismo sexo, la gesti3n por sustituci3n, se ha convertido en la v3a preferente<sup>1</sup> para que parejas heterosexuales con problemas espec3ficos, parejas de hombres y para el var3n sin pareja, puedan tener hijos. Por tanto, ha llegado el momento de intentar dar una soluci3n un3nime a un debate que ya lleva muchos a3os encima de la mesa y que, hoy en d3a, se hace necesario ya que la sociedad

\* El presente trabajo se realiza en el marco de la financi3n del Gobierno Vasco a Grupos de Investigaci3n del Sistema Universitario Vasco (IT 1066-16) y del proyecto de investigaci3n: Responsabilidad causal de la comisi3n por omisi3n: Una dilucidaci3n 3tico-jur3dica de los problemas de la inacci3n indebida. REFERENCIA: FFI2014-53926-R. ACR3NIMO: KONTUZI!. WEB: [kontuz.weebly.com](http://kontuz.weebly.com).



Received: 14/07/2018  
Accepted: 23/07/2018

ha cambiado vertiginosamente en los últimos diez años en lo que a subrogación materna se refiere<sup>2</sup>. El problema es que la sociedad está dividida al respecto porque son muchos frentes los que se abren cuando se habla de subrogación materna ya que dicha técnica provoca conflictos éticos, jurídicos, psicosociales, antropológicos, entre otros, todos ellos de gran envergadura. Aún así, es momento de que se tomen medidas, es decir, el legislador debe decantarse bien por modificar la ley existente y permitir la maternidad subrogada, o bien asegurarse de que se cumpla la actual normativa, castigando a aquellas personas que actúen en contra y en fraude de ley, de esta forma, se garantizará el principio de seguridad jurídica recogido en la Constitución Española (art. 9.3). Este principio fundamental existente en todo ordenamiento constitucional democrático responde a la necesidad de que los ciudadanos sepan, en todo momento cuáles son las consecuencias jurídicas de sus comportamientos y a qué atenerse en sus relaciones con el Estado y con los demás particulares. El principio de seguridad jurídica, en consecuencia, debe entenderse como la confianza que los ciudadanos pueden tener en la observancia y respeto de las situaciones que se derivan de la aplicación de las normas vigentes. En definitiva, si el Estado no hace cumplir la ley de manera escrupulosa, provoca una vulneración del principio constitucional de seguridad jurídica.

El panorama internacional, al igual que el español, también está dividido. En efecto, hay países como ciertos estados de Norteamérica, Canadá, Rusia, Ucrania, Grecia, Georgia, Portugal<sup>3</sup>, India, entre otros, que legalizaron la subrogación, otros están debatiendo sobre ello a través de Comités de Ética Nacionales o Comisiones Parlamentarias y otros países como España<sup>4</sup>, lo prohíben en el ordenamiento jurídico y sin embargo, lo permiten, en muchas ocasiones, de facto<sup>5</sup>. Esta situación tan dispar según los países, ha provocado que el Consejo de Europa o la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado<sup>6</sup> estén desarrollando mecanismos específicos para regularla y evitar con ello abusos y lesiones de derechos de los agentes implicados.

## 2. Aproximación a los diferentes tipos o modelos de gestación por sustitución

De acuerdo con los avances sociales y tecnológicos, la gestación por sustitución se puede clasificar en base a distintos factores<sup>7</sup>:

### A) Según la procedencia de los gametos

En la gestación subrogada caben muchas opciones en cuanto al origen de los gametos que se aportan:

- 1º) Que la fecundación se realice con gametos -óvulos y espermatozoides- de la pareja solicitante. Se realizará una fecundación *in vitro* y luego, se transferirá a la mujer gestante el preembrión. En este caso, la mujer se limitará a prestar su útero para recibir un embrión en cuya formación no ha intervenido;
- 2º) Que el óvulo pertenezca a la mujer comitente y el esperma pertenezca a su pareja o a un donante;
- 3º) Que la madre gestante aporte, no sólo su útero sino también su óvulo, de modo que sea fecundado mediante inseminación con esperma del hombre comitente;

- 4º) Que el embrión proceda de donantes, o de la misma mujer sustituta, por lo que la pareja beneficiaria no tendría ningún nexo biológico con la futura criatura. Hay quien ve en este supuesto algo parecido a la adopción pero no hemos de olvidar que de esta manera se eliminarían el cumplimiento de las exigencias legales para adoptar.
- 5º) Que una mujer comitente encargue el hijo, otra mujer diferente aporte el óvulo y una tercera geste el embrión -el esperma podría provenir, de la pareja de dicha mujer o de un donante.

Ante este panorama tan diverso, si se hiciera un cambio legislativo en España, a mi parecer, al menos uno de los futuros padres debería aportar la carga genética, es decir, los óvulos o los espermatozoides que se emplearán en la técnica de fecundación *in vitro* para la creación del embrión o bien, directamente, deberían aportar el embrión. De esta manera, existiría un nexo de unión entre las personas comitentes y el nacido mediante estas técnicas evitando así conflictos éticos por la posible existencia de compra-venta de niños y además, serían biológicamente sus progenitores por lo que podrían reclamar la maternidad-paternidad legal.

### B) *Carácter oneroso o altruista*

- 1º) Se dice que la subrogación tiene carácter oneroso cuando la mujer gestante recibe una contraprestación económica de quienes solicitan sus servicios, en concepto de: asistencia médica durante el embarazo; ausencias laborales que pudiera tener la gestante; efectos secundarios que aparecerán tras el parto, por mencionar algunas.
- 2º) Tendrá carácter altruista la subrogación cuando la mujer gestante no espere ningún tipo de contraprestación de quienes encargan la criatura. Se entiende que le motiva un sentimiento de solidaridad y de empatía con aquellas personas que tienen problemas para tener hijos. En la mayoría de estos casos, el único dinero que puede recibir la gestante es una compensación por los gastos derivados del embarazo y el parto.

Quizá esta última modalidad es la más defendida puesto que parece que con ella se evitarían abusos contra las mujeres más necesitadas.

### 3. Argumentos en contra de la gestación por sustitución

Una gran mayoría de ciudadanos ve con recelo la maternidad subrogada y la rechaza por considerarla una práctica inaceptable en base a los siguientes motivos:

1. Argumentan que los contratos firmados durante esta práctica, podrían encubrir la compra-venta de niños, incluso, podría ser una manera para evitar una adopción con los trámites que ello supone y con las restricciones que existen, en algunos países, para que adopten parejas del mismo sexo.
2. Un segundo argumento que esgrimen los opositores a esta práctica, es que la misma atenta contra la dignidad de la persona, en un sentido amplio: A) puede atentar contra la dignidad de la mujer gestante al considerar que se le instrumentaliza y se le cosifica como mero organismo reproductor. Además, hay que apuntar que con éstas prácticas se infringen normas civiles españolas que prohíben que partes del cuerpo sean objeto

de comercio. Sin embargo, a este respecto, hay quien<sup>8</sup> considera que la procreación es una capacidad, no una parte, ni un órgano del cuerpo, es más, ni siquiera los gametos son considerados una parte del cuerpo y por ello, se admite su posible donación y en algunos países, su compra-venta; B) Podría atentarse contra la dignidad del hijo nacido mediante esta práctica porque implicaría para éste tener un mínimo de dos posibles madres: la gestante y la biológica o incluso, la posibilidad de tener tres madres: la comitente, la gestante y la donante del óvulo. En definitiva, se acabaría con el principio básico del Derecho Civil español: "*mater semper certa est*". En relación con este tema, tendríamos que reflexionar sobre la posibilidad de un derecho legítimo del menor de conocer su origen biológico como sucede en el caso de la adopción pero no en cambio en el caso de donación anónima de gametos.

3. Posible mercantilización<sup>9</sup> o comercialización del cuerpo humano que no se limita a la mujer gestante, como antes se ha mencionado, sino que se extiende a las agencias especializadas encargadas de gestionar todos los pasos del proceso: relacionar a los sujetos, formalizar los contratos, vigilar su cumplimiento y demás gestiones que se necesitan para llevar a buen puerto esta práctica.

#### 4. Argumentos a favor de la gestación por sustitución

Otra parte de la sociedad considera la gestación por sustitución como una técnica excepcional de reproducción humana asistida y por ello, la misma se admitiría en base a los siguientes motivos:

1. La libertad reproductiva de las personas<sup>10</sup>. He de aclarar que se hace referencia a la libertad reproductiva porque en la Constitución Española no aparece de manera explícita "el derecho reproductivo" pero considero que podría defenderse su existencia en base a otros derechos fundamentales que sí están recogidos expresamente en la Constitución: el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana (art. 10) ya que el tener descendencia es un hecho que supone para algunas personas un desarrollo y crecimiento personal; el derecho a la igualdad entre hombres y mujeres (art. 14) ya que una limitación biológica no ha de suponer, en todos los casos, una limitación legal; el derecho a la integridad física y moral (art. 15), el derecho a la libertad (art. 17.1).

Una vez que se ha plasmado la posible existencia de este derecho subjetivo a la reproducción, se ha de pensar quiénes son los titulares de dicho derecho. En este sentido hay que defender el derecho a la igualdad de hombres y mujeres. En efecto, si se reconoce el derecho de la mujer a ser inseminada por los gametos de un donante, este planteamiento podría extenderse al derecho del hombre de solicitar a una mujer que aporte el óvulo y el útero para poder ser padre. De hecho, una pareja de mujeres puede, legalmente, acudir a las técnicas de reproducción asistida, y por tanto, tendríamos que pensar que una pareja de hombres también podría solicitarlas en base a su derecho a la no discriminación por razón de sexo. Para apoyar esta argumentación recurrimos a la aprobación de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio a personas del mismo sexo. Esto da lugar a que se amplíe el modelo de familia y por tanto, ha de ser objeto de reflexión si a estas parejas se les reconoce el derecho a la reproducción accediendo a todo

tipo de técnicas de reproducción asistida, incluida, la gestación por sustitución que es la única posibilidad de tener descendientes con un vínculo biológico. De esta forma, si se exigiera que al menos uno de los sujetos comitentes que solicita la maternidad subrogada, aporte los gametos –óvulos o espermatozoides-, o bien aportaran su embrión evitaría la compra-venta de niños.

2. El respeto a la autonomía de la voluntad y a la libertad para realizar contratos. El derecho debe garantizar el cumplimiento de los acuerdos alcanzados entre las partes. No obstante, hemos de aclarar que las cláusulas contractuales han de ser acordes a la ley española.
3. La dignidad de la mujer gestante, en cuanto que hay situaciones en las que mujeres que viven con escasos recursos económicos, acudirán a la gestación por sustitución con la finalidad de poder obtener unos ingresos que le permitan hacer frente a su vida diaria. Así mismo, podrían obtener una asistencia sanitaria durante el embarazo que, quizás, no tendría de no haberse formalizado el acuerdo de subrogación materna.
4. El derecho a la salud, el cual ha sido definido por la OMS y por la legislación española en la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva, como un derecho que implica un pleno bienestar, incluido el plano psíquico. Esto supondría que el propio ordenamiento jurídico deberá poner los medios para que las personas puedan tener hijos. Así mismo, este derecho estaría relacionado con el derecho subjetivo a la reproducción, antes mencionado.
5. El derecho al libre desarrollo de la personalidad, el cual es el fundamento que sirve de apoyo para completar los anteriores derechos y para que las mujeres puedan, legalmente en España, acceder a las técnicas de reproducción asistida aún cuando no tengan pareja. Por ende, podría pensarse en parejas de hombres.

## 5. La regulación de la maternidad subrogada en España

Para que la práctica de la subrogación materna llegue a buen puerto, es necesario además, que se firme un contrato por las partes implicadas. En relación con este contrato, la Ley española 14/2006 de técnicas de reproducción humana asistida, es clara al respecto cuando en su artículo 10.1 declara nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. Es decir, la maternidad queda determinada por el parto. De acuerdo con este artículo la madre gestante –que aportara o no los gametos- sería la madre de la criatura.

En este mismo sentido, el Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina<sup>11</sup>, estipula en su artículo 21 que “El cuerpo humano y sus partes como tales no deben ser objeto de lucro” por lo que se podría entender que el útero de una mujer no puede ser alquilado.

El carácter de nulidad otorgado a este tipo de contrato, hemos de fundamentarlo también en el Código Civil español. En primer lugar, se puede hablar de nulidad de contrato al carecer éste de objeto. En efecto, desde el punto de vista jurídico hablamos de contrato nulo porque carece de objeto. Además, se violaría el art. 1.261 CC donde se estipula que no hay contrato sino cuando concurren los requisitos de objeto cierto que sea materia del contrato. Este

principio enlaza con el establecido en el art. 1.271 en que se dice que pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres. Por tanto, el futuro ser no puede ser objeto de contrato entre el comitente y la gestante porque las personas estarían fuera de comercio.

En segundo lugar, podría calificarse dicho contrato como “contrato sin causa, o con causa ilícita” puesto que dicha causa se opone a las leyes y la moral (1.275 CC). Por consiguiente, estos contratos no producirían efecto alguno. Siguiendo con la argumentación precedente, el art. 1305 del Código civil español dispone que cuando la nulidad provenga de ser ilícita la causa u objeto del contrato, si el hecho constituye un delito o falta común a ambos contratantes, carecerán de acción entre sí, y se procederá contra ellos, dándose, además, a las cosas o precio que hubiesen sido materia de contrato. El siguiente artículo del código civil, dispone que, si el hecho en que consiste la causa torpe no constituyere delito o falta, se observarán las reglas siguientes: 1ª) cuando la culpa esté de parte de ambos contratantes, ninguno de ellos podrá repetir lo que hubiera dado en virtud del contrato, ni reclamar el cumplimiento de lo que el otro hubiere ofrecido; 2ª) cuando esté de parte de un solo contratante, no podrá éste repetir lo que hubiese dado a virtud del contrato, ni pedir el cumplimiento de lo que se le hubiere ofrecido (art. 1.306 Código Civil). El otro, que fuera extraño a la causa torpe, podrá reclamar lo que hubiese dado, sin obligación de cumplir lo que hubiera ofrecido. Por tanto, a la vista de esto, la solución podría decantarse en dos caminos diferentes: por una parte, recurriendo a la restitución simple de lo que se hubiese entregado por causa del contrato nulo para evitar el enriquecimiento ilícito y el incumplimiento intencionado. Por otra parte, tenemos la solución por la que se sanciona a ambos contratantes haciéndoles perder lo que hubiesen hecho o aportado, solución que parecería sancionadora si no fuera porque en el caso de la maternidad subrogada que no se culmina por voluntad de la mujer contratada, sería ella la única que habría tenido un beneficio económico anticipado, enriqueciéndose con una disposición de este tipo.

Si se parte de la nulidad de tal acuerdo, se niega acción a la mujer gestante para poder reclamar a la otra lo que ésta le prometió por el embarazo, tampoco podrá reclamarse a la gestante lo que en cualquier momento se le entregó como retribución, aún en el supuesto de arrepentimiento. Así pues, como el negocio jurídico es nulo no se derivan obligaciones para las partes, puesto que carece dicho contrato de todo efecto de negocio. Así, aplicando los principios generales de las obligaciones no tienen las personas, en absoluto, una obligación de hacer lo pactado, es decir, entregar al hijo, de suerte que en caso de no hacerlo, no se podría mandar ejecutar dicho actuar (art. 1.098 Código Civil).

En definitiva y a la vista de esta normativa el contrato de maternidad subrogada es nulo de pleno derecho y sin embargo, hay españoles que lo firman en el extranjero y luego pretenden inscribir los hijos como propios en contra y en fraude de ley<sup>12</sup>. Ante esta situación la jurisprudencia<sup>13</sup> ha rechazado la inscripción en el Registro Civil de estos niños como hijos de las personas comitentes y, por tanto, la nacionalidad española, oponiéndose al criterio sostenido por la Dirección General de los Registros y del Notariado<sup>14</sup> Se argumenta en dichas resoluciones<sup>15</sup>, entre otras cosas, que no permitir la inscripción registral de los nacidos por parte de dos varones sería discriminatorio por razón de sexo y por tanto, contrario a la Constitución Española (art. 14), al permitir en la Ley de técnicas de reproducción asistida la inscripción de la filiación a favor de mujeres resultante de la aplicación de técnicas de reproducción asistida (art. 7.3). En conclusión, el interés superior del menor aconseja que se inscriba en España la filiación

que figura en el Registro<sup>16</sup>. Sin embargo, con estas Instrucciones se vuelve a dar respuesta a un caso puntual<sup>17</sup>, incluso, en perjuicio de la seguridad jurídica, pero no regula de manera general la maternidad subrogada, que es lo que se esperaba de esta Instrucción.

En esta misma línea se pronuncia el Tribunal Supremo<sup>18</sup>, que buscando el mejor interés del menor, considera correcta la cancelación de la inscripción registral, lo que le priva de la nacionalidad española y de sus demás efectos, pero recomienda, la posibilidad de buscar algún vínculo familiar entre aquél y los comitentes. Por ello, y de acuerdo con el artículo 10.3 de la Ley de técnicas de reproducción asistida, se permite la reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales, por lo que si alguno de los recurrentes lo fuera -por aportar sus gametos o el embrión a la mujer gestante-, podría determinarse la filiación paterna o materna y, paralelamente, se podría completar la integración del menor en la familia mediante el acogimiento familiar o la adopción que permiten la formalización jurídica de la integración real de los menores en tal núcleo familiar. En el supuesto de que los recurrentes no hubieran aportado sus gametos, en tal caso, tendrían que acudir a la Ley 54/2007, de 28 de diciembre de Adopción Internacional.

A mi parecer, la postura del Tribunal Supremo ha sido acertada, ya que se vela por el interés superior del menor, siguiendo la línea que, a posteriori, marcará el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en cuyas sentencias se aprecia la preocupación por garantizar los derechos de los niños nacidos mediante esta técnica. Así, tenemos en primer lugar, dos resoluciones, del día 26 de junio de 2014, que tienen como demandante al Estado francés (asuntos: *Mennesson c. Francia* y *Labasee c. Francia*) en ambos supuestos, el tribunal de Casación francés manifestó que “en presencia de este fraude ni el interés superior del niño garantizado por el art. 3 del Convenio sobre los Derechos del Niño, ni el respeto a la vida privada y familiar en el sentido del art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 podían ser invocados útilmente”. En definitiva, el tribunal de Casación francés manifiesta la denegación de la transcripción al Registro Civil de las actas extranjeras de nacimiento que establecen la filiación de las criaturas respecto de los padres comitentes en supuestos de contratos de maternidad subrogada; la imposibilidad de que pueda determinarse legalmente en Francia cualquier relación de filiación entre las criaturas y los padres comitentes, incluso, anula el posible reconocimiento de la paternidad del padre biológico debido al carácter fraudulento del contrato de gestación por sustitución. Además, proclama la imposibilidad de que las recién nacidas puedan adquirir la nacionalidad francesa y de que puedan heredar a los comitentes en calidad de hijas.

En ambos casos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, considera que el Estado francés al denegar la filiación, ha lesionado el derecho, de los menores, a su vida privada, lo que provoca una lesión del artículo 8 del Convenio de 1950, con la consiguiente condena al Estado francés.

En segundo lugar, este mismo Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dictado otra resolución el 27 de enero de 2015 (*Affaire Pardiso et Campanelli c. Itailie – Application no. 25358/12*) en la misma línea que la argumentada en los supuestos precedentes. En este caso, el Estado Italiano había considerado que la inscripción sería contraria al orden público ya que en Italia no se permite esta práctica y puesto que además, el padre comitente no era padre biológico del hijo, las autoridades italianas quitaron a los padres comitentes la custodia del hijo y lo entregaron a un centro estatal.

Desde mi punto de vista, el Estado francés y el Estado Italiano no velaron por el interés superior del menor, que es lo más importante en estos supuestos, sino que castigaron el comportamiento de los padres comitentes dejando, en consecuencia, violentados muchos derechos de los menores: nacionalidad, herencia, custodia, entre otros. Este proceder no es ético ¡no se puede dejar en el limbo jurídico y lesionar derechos de unos menores por querer dar un castigo ejemplar a los ciudadanos de un país! Lo que deberían hacer los legisladores es dar una solución con la que se proteja el interés superior del menor y paralelamente, se elabore una legislación más adecuada sobre esta práctica –aceptándola o rechazándola en cuyo caso las autoridades deberían observar y hacer observar escrupulosamente la normativa, incluyendo los casos que se produjeran en el extranjero y aplicando sanciones severas para quienes incumplieran la norma o bien aprobando disposiciones que tipificasen como delito dichas prácticas<sup>19</sup>. De esta manera, se ofrecería seguridad jurídica a todos los sujetos implicados, principio que en España está recogido en la Constitución (art. 9).

## 6. Conclusiones y propuestas para un cambio legislativo

Al día de hoy y a la vista del apoyo social que está teniendo esta práctica se hace necesario tomar una solución en relación con la maternidad subrogada. Esta solución puede ser de muy distinta índole, por una parte, se puede continuar con su prohibición pero asegurando que se cumple con la ley y por tanto, no permitiendo que los españoles acudan a otros países para realizar esta práctica o bien, se pueden cambiar las leyes y regular la maternidad subrogada.

Si he de decantarme por alguna de estas dos posturas, me posicionaría con la segunda opción, es decir, la posibilidad de recurrir a la maternidad subrogada, siempre que se utilizara como una técnica de reproducción asistida para supuestos muy concretos. No obstante, esta permisión debería ir acompañada de una regulación exhaustiva y del cumplimiento de una serie de requisitos y condiciones. A este respecto y como propuesta de *lege ferenda* considero que se deberían regular los siguientes aspectos:

1º) Cumplimiento de requisitos generales por parte de la pareja o de la persona comitente: A) que existieran razones médicas por las que la mujer comitente no fuera apta para asumir la gestación por tener problemas médicos o fisiológicos (**ausencia de útero**, una lesión o enfermedad de este órgano que impida la gestación de forma terminante y definitiva) o bien que estemos ante la presencia de esterilidad estructural (parejas homosexuales masculinas y hombres sin pareja). De esta manera, se evitarían posibles abusos -gestación por sustitución por simple comodidad o por existir compensaciones económicas. B) que la pareja comitente aportase bien el embrión, el esperma o el óvulo, puesto que si únicamente contratara los servicios de otra persona, tanto para la gestación como para la aportación de los gametos, estaríamos ante una adopción en la que se evita el cumplimiento de sus requisitos;

2º) Cumplimiento de requisitos generales por parte de la mujer gestante: A) Establecer una edad mínima para realizar esta práctica; B) Demostrar las condiciones óptimas de salud físicas, psicofísica, etc; C) Se tendría que determinar el número máximo de veces que una mujer puede prestarse a esta práctica de gestación por sustitución ya que los embarazos conllevan molestias, incluso, efectos secundarios; D) Que la mujer gestante tuviera una situación socioeconómica que descartase una situación de grave necesidad y así se evitarían abusos

contra las personas más necesitadas; E) Inscripción en un Registro Nacional de Gestantes, el cuál controlaría algunos de los aspectos derivados de estas prácticas. F) Posible relación de parentesco entre gestante y comitente. En este caso habría que pensar si es mejor que no existiera dicha relación para que no afectase a la libre decisión de la mujer gestante o bien que la misma se exigiera para asegurar que se realiza de una manera solidaria y altruista.

3º) La admisión de la maternidad subrogada cuando se realice de manera altruista, es decir, que se permita con motivaciones solidarias sin obtener una ventaja material al respecto a salvo de lo que estipule la ley. Por tal motivo, deberían establecerse unas tarifas por parte del Estado para que la cantidad entregada sea en concepto de una compensación por molestias generadas durante el embarazo y el parto. De esta manera, se evitaría la posibilidad de considerar que estamos ante un contrato de compra-venta de niños.

4º) Debería regularse la posible revocación o no del consentimiento de la mujer gestante<sup>20</sup>. Es decir, regularse qué ocurriría si la mujer gestante se negase a cumplir lo establecido en el contrato y deseara quedarse con la criatura. Considero que esta situación podríamos equiparla al recurso a las Técnicas de Reproducción Asistida, puesto que una vez firmado el consentimiento por ambas partes, la revocación no haría sus efectos, puesto que el material reproductor es de la pareja beneficiaria y podría reclamar la paternidad/maternidad -este es el motivo para exigir que los gametos sean, precisamente, de la pareja o de los individuos-. El problema sobre el que se debería reflexionar en este punto es que la imposibilidad de revocar el consentimiento impediría a la mujer gestante, el ejercicio pleno del derecho fundamental al desarrollo de la personalidad interpretado de acuerdo con el principio de la dignidad de la persona humana, y el derecho de constituir una familia.

5º) Se tendría que recoger, también, la posibilidad de que fallezcan los padres biológicos o que se separaren o se divorciasen durante el periodo de gestación. En este supuesto pienso que no se podría obligar a que la madre sustituta se quedase la criatura o la entregase en adopción, sino que tendría que responder la pareja beneficiaria que se ha separado y, en el supuesto de muerte, tendrían que seguirse los mismos procedimientos que se siguen para los hijos póstumos.

6º) Interrupción del embarazo por motivos embriopáticos o eugenésicos. En efecto, puede ocurrir que mediante diagnósticos genéticos prenatales se detectara una enfermedad o anomalía fetal y la pareja comitente quisiera interrumpir el embarazo, no así la mujer portadora del embrión o lo contrario. En estos casos, debe existir una cláusula en el contrato que recoja dicha situación.

7º) Debería reflejar el contrato, la posibilidad de que pueda producirse un embarazo múltiple. En estos supuestos, cabrían dos posibilidades: a) forzar a la madre gestante a que procediese a interrumpir el embarazo de uno de los embriones, en la medida en que el acuerdo o contrato únicamente contemplaba la gestación de uno de ellos y no el resto; b) dar a luz a todas las criaturas que se han gestado y se hagan cargo de las mismas los comitentes.

8º) Posibilidad de que tras la maternidad subrogada, la pareja beneficiaria pudiera disfrutar o no del permiso de maternidad y paternidad previsto para conciliar la vida laboral y familiar. Igualmente, debería regularse la posibilidad del disfrute de la prestación económica por maternidad, reconocida en algunas comunidades autónomas.

9º) Habría que regular si el hijo goza de un derecho legítimo de conocer su origen biológico como sucede en el caso de la adopción pero no, en cambio, en el caso de donación anónima de gametos ya que en España no se permite esta opción dando lugar así a una violación del derecho del menor a conocer sus orígenes tal y como reconoce La Convención Internacional de Derechos del Niño de 1989<sup>21</sup>. Por tanto, la posibilidad de ejercer este derecho debería ofrecerse tanto a hijos adoptados como a aquéllos que han nacido gracias a la aplicación de alguna de las técnicas de reproducción humana asistida ya que no hacerlo supondría una restricción innecesaria a los derechos de identidad personal y al desarrollo de la personalidad de las personas nacidas por gestación subrogada.

En definitiva, he planteado algunas cuestiones y controversias que podrían surgir a lo largo del proceso de la maternidad subrogada. Si la ley regulase todas ellas y algunas más, se evitarían los efectos negativos que es posible causar con esta práctica y que son, precisamente, los que justifican su rechazo.

Es compromiso de todos buscar medios para proteger a las partes más vulnerables en los contratos de maternidad subrogada y otorgarles las garantías necesarias para su protección: por una parte a las mujeres gestantes, que reciban el dinero estipulado derivados del embarazo y parto e indemnizaciones en caso de sufrir algún daño o perjuicio derivado del mismo. Por otra parte, los solicitantes, deben saber con certeza los compromisos económicos que adquieren y la seguridad de que una vez iniciado el procedimiento o después del parto no estarán sujetos a chantajes, así como la garantía de la entrega del niño tras el nacimiento y su inscripción en el Registro Civil español como hijos de la pareja comitente.

De ahí, mi posición favorable a dar cobertura a la legalización de la maternidad subrogada y a un cambio legislativo para ajustarse a la nueva demanda social y así garantizar el principio constitucional de seguridad jurídica. Hay que ir más allá, y modificar no sólo las leyes que permitan estas prácticas de reproducción asistida, sino leyes sobre adopción, leyes sobre derechos de los matrimonios de igual sexo, leyes sobre la igualdad, etc. En definitiva, queda mucho por hacer tanto por parte del legislador como por parte de la sociedad.

---

## Bibliografía

- Brena Sesma, I.(2011), "Maternidad subrogada", en *Enciclopedia de Bioética y Bioderecho*, Ed. Comares, Granada, pp.1072-1077.
- Corral García, E. (2015). "El derecho a la reproducción humana ¿debe permitirse la maternidad subrogada?". *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 38, pp. 45-69.
- De Barrón, P. (2009). "La posibilidad de inscribir en el Registro Civil español a los nacidos en el extranjero, de una madre de alquiler". *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 31, pp. 29-41.
- Emaldi Cirión, A. (2015), "Consideraciones bioéticas y jurídicas sobre la biotecnología con fines eugenésicos", *Acta Bioethica*, 21, (2), (<http://www.revistas.uchile.cl/index.php/AB/article/view/37566/39227>).
- Emaldi Cirión, A. (2015). "El derecho al libre desarrollo de la personalidad y la libertad reproductiva», en Álvarez Vélez, M.I. Rey Pérez, J.L. (eds.). *Derecho y pobreza*, Editorial Aranzadi — Thomson Reuters, Cizur Menor, pp. Parte IV, Capítulo 8.

- Farnós, E. (2010) "Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California. Cuestiones que plantea la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009". *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, 6-67.
- Fernández Muñiz, P.I. (2018). "Gestación subrogada, ¿Cuestiones de derechos?". *DILEMATA, Revista Internacional de Éticas Aplicadas*, 26, pp.34.
- García Alguacil, M.J. (2014). "¿Incoherencia legislativa o despropósito judicial? : A propósito de la STS de 6 de febrero de 2014". *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 3, pp. 80-110.
- García Amez, J. (2014). "Maternidad subrogada llevada a cabo en el extranjero: una mirada normativa y jurisprudencial de la realidad en España". *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 40, pp.147-170.
- González Camarero, G. (2012). "Notas sobre la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009, en un caso de gestación por sustitución". *Diario La Ley*, 26 de agosto, p. 4.
- Guerra Palmero, M (2018). "Contra la mercantilización de los cuerpos de las mujeres . La "gestación subrogada" como nuevo negocio transnacional" *DILEMATA, Revista Internacional de Éticas Aplicadas*, 26, pp. 39-51.
- Igareda González, N.(2015)," La gestación por sustitución necesita un cambio legislativo en España. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo español nº 853/2013 sobre la gestación por sustitución". *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 40, pp.171-191.
- Paniza Fullana, A. (2014). "Gestación por sustitución e inscripción de la filiación en el Registro Civil español: La Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014". *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 2 (1), pp. 59-67
- Romeo Casabona, C.M. (2018). "Las múltiples caras de la maternidad subrogada: ¿aceptamos el caos jurídico actual o buscamos una solución?". *Folia Humanística, Revista de Salud, ciencias sociales y humanidades*, 8, Febrero-Marzo 2018, pp.1-23.
- Ruiz Saenz, A.(2013). "Gestación por sustitución: problemática jurídica de los vientres de alquiler", en Palomar, A., Cantero, J. (Dirs.). *Tratado de Derecho Sanitario*, Vol. II, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, pp. 805-810.
- Velázquez L.(2018). "Algunos aspectos acerca del consentimiento informado en la gestación subrogada". *DILEMATA, Revista Internacional de Éticas Aplicadas*, 26, pp. 15-25

## Notas

1. Brena Sesma, I.(2011), "Maternidad subrogada", en Enciclopedia de Bioética y Bioderecho, Ed. Comares, Granada, pp.1072-1077.
2. Emaldi Cirión, A.(2015), "Consideraciones bioéticas y jurídicas sobre la biotecnología con fines eugenésicos", *Acta Bioethica*, 21, (2), (<http://www.revistas.uchile.cl/index.php/AB/article/view/37566/39227>).
3. Portugal es uno de los pocos países europeos que se muestra favorable a la **gestación subrogada**. El día 22 de agosto de 2016 aprueba la Ley 25/2016 en la que se establecen las condiciones para aplicar la gestación por sustitución. Tras un año en periodo de regulación, el Decreto Reglamentario que permite su aplicación entra en vigor el 1 de agosto de 2017. Una año más tarde, el Tribunal Constitucional examinó y decidió en su Sentencia nº 225/2018 una solicitud de comprobación de la constitucionalidad de algunos preceptos de esta ley y entendió que se hallaban lesionados principios y derechos fundamentales consagrados en la Constitución Portuguesa.
4. Como veremos a lo largo del artículo España no permite la maternidad subrogada, sin embargo y debido a la expansión de la demanda, por parte de españoles, de esta práctica en el extranjero, el debate se ha reabierto. Para tener una visión completa del pensamiento de la sociedad, son importantes tener en cuenta las posiciones institucionales: Propuesta de la Sociedad de Fertilidad ("Propuesta de bases generales para la

- regulación en España de la gestación por sustitución” 2015. Redactado por el Grupo de Ética y Buenas Prácticas Clínicas de la SEF); Proposición de Ley del Grupo Parlamentario Ciudadanos (BOCG, Congreso de los Diputados, Serie B, nº 145-1, 8 de septiembre de 2017); Informe del Comité de Bioética de España (“Informe sobre los Aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada” de 19 de mayo de 2017). Véase, algunas cuestiones sobre estas posiciones institucionales en Romeo Casabona, C.M. (2018). “Las múltiples caras de la maternidad subrogada: ¿aceptamos el caos jurídico actual o buscamos una solución?”. *Folia Humanística, Revista de Salud, ciencias sociales y humanidades*, 8, Febrero-Marzo 2018, pp.1-23.
5. Igareda González, N.(2015), “La gestación por sustitución necesita un cambio legislativo en España. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo español nº 853/2013 sobre la gestación por sustitución”. *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 40, pp.171-191.
  6. The Hague Conference on Private International Law, Report of the February 2016 Meeting Experts’ Group on Parentage / Surrogacy, <https://assets.hcch.net/docs/f92c95b5-4364-4461-bb04-2382e3c0d50d.pdf>; The Hague Conference on Private International Law , The parentage/surrogacy project. Preliminary Document No 3A of February 2015 for the attention of the Council of March 2015 on General Affairs and Policy of the Conference, <https://assets.hcch.net/docs/82d31f31-294f-47fe-9166-4d9315031737.pdf>
  7. Brena Sesma, I.(2011), “Maternidad subrogada”, en *Enciclopedia de Bioética y Bioderecho*, Ed. Comares, Granada, pp.1072-1077.
  8. Igareda González, N. (2014). “La gestación por sustitución necesita un cambio legislativo en España. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo español nº 853/2013 sobre la gestación por sustitución”. *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 40, pp. 171-191.
  9. Guerra Palmero, M (2018). “Contra la mercantilización de los cuerpos de las mujeres . La “gestación subrogada” como nuevo negocio transnacional” *DILEMATA, Revista Internacional de Éticas Aplicadas*, 26, pp. 39-51.
  10. Emaldi Cirión, A. (2015). “El derecho al libre desarrollo de la personalidad y la libertad reproductiva», en Álvarez Vélez, M.I. , Rey Pérez, J.L. (eds.). *Derecho y pobreza*, Editorial Aranzadi — Thomson Reuters, Cizur Menor, pp. Parte IV, Capítulo 8.
  11. Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (1997) entró en vigor en España en el año 2000.
  12. Según Romeo Casabona, en cuanto a los posibles fraudes de ley, en algún caso podría considerarse un delito contra las relaciones familiares (suposición de parto de la mujer comitente, alteración del estado civil del menor por parte de la mujer gestante, arts. 220 y 221 del Código Penal) o podría encajarse en falsedad documental, en documento público (arts. 390 y ss del Código Penal). Romeo Casabona, C.M. (2018). “Las múltiples caras de la maternidad subrogada: ¿aceptamos el caos jurídico actual o buscamos una solución?”. *Folia Humanística, Revista de Salud, ciencias sociales y humanidades*, 8, Febrero-Marzo 2018, pp.1-23
  13. STE de 6 de febrero de 2014; y Auto de 2 de febrero de 2015, sobre el mismo caso. Véase un estudio detallado sobre la jurisprudencia española y europea en: Emaldi Cirión, A.(2015), “Consideraciones bioéticas y jurídicas sobre la biotecnología con fines eugenésicos” , *Acta Bioethica*, 21, (2), (<http://www.revistas.uchile.cl/index.php/AB/article/view/37566/39227>).pp.227-235.Retrieved from <http://www.actabioethica.uchile.cl/index.php/AB/article/view/47471/49501>. ISSN 1726-569X. Universidad de Chile. Sitio web desarrollado por SISIB – Universidad de Chile adaptación de Open Journal Systems
  14. Resolución de 18 de febrero de 2009 e instrucción de 5 de octubre de 2010 (Boletín Oficial del Estado 243 de 07/10/2010). Farnós, E. (2010) “Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California. Cuestiones que plantea la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009”. *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, 6-67 y González Camarero, G. (2012). “Notas sobre la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009, en un caso de gestación por sustitución”. *Diario La Ley*, 26 de agosto, p. 4.  
Véase sobre la Instrucción de 5 de octubre de 2010: Ruiz Saenz, A.(2013). “Gestación por sustitución: problemática jurídica de los vientres de alquiler”, en Palomar, A., Cantero, J. (Dirs.). *Tratado de Derecho Sanitario*, Vol. II, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, pp. 805-810. García Amez, J. (2014). “Maternidad subrogada

llevada a cabo en el extranjero: una mirada normativa y jurisprudencial de la realidad en España". Revista de Derecho y Genoma Humano, 40, pp.147-170.

15. Esta resolución fue impugnada por el Ministerio Fiscal, dando lugar a la Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010, la cual anula la inscripción registral, al considerar que se ha acudido a una vía errónea para la inscripción de los menores, ya que debería haberse comprobado la realidad del hecho. inscrito y su ilegalidad conforme a la Ley de técnicas de reproducción asistida (art.10), por tanto, considera que debe rechazarse su inscripción registral. Dicha sentencia fue confirmada por la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011. Emaldi Cirión, A.(2015), "Consideraciones bioéticas y jurídicas sobre la biotecnología con fines eugenésicos", Acta Bioethica, 21, (2), (<http://www.revistas.uchile.cl/index.php/AB/article/view/37566/39227>).pp.227-235.Retrieved from <http://www.actabioethica.uchile.cl/index.php/AB/article/view/47471/49501>. ISSN 1726-569X. Universidad de Chile. Sitio web desarrollado por SISIB – Universidad de Chile adaptación de Open Journal Systems
16. De Barrón, P. (2009). "La posibilidad de inscribir en el Registro Civil español a los nacidos en el extranjero, de una madre de alquiler". Revista de Derecho y Genoma Humano, 31, pp. 29-41.
17. Corral García, E. (2015). "El derecho a la reproducción humana ¿debe permitirse la maternidad subrogada?". Revista de Derecho y Genoma Humano, 38, pp. 45-69.
18. Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 y STS 953/16 de 16 de noviembre de 2016. Véase comentarios a estas sentencias: Paniza Fullana, A. (2014). "Gestación por sustitución e inscripción de la filiación en el Registro Civil español: La Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014". Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil, 2 (1), pp. 59-67 y Garcia Alguacil, M.J. (2014). "¿Incoherencia legislativa o despropósito judicial?: A propósito de la STS de 6 de febrero de 2014". Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil, 3, pp. 80-110.
19. El Comité de Bioética de España, recomienda la aprobación de leyes que contengan disposiciones que "tipifiquen como delito la venta de niños con fines de adopción ilegal, incluido el uso indebido de la maternidad subrogada. Véase Fernández Muñoz, P.I. (2018). "Gestación subrogada , ¿Cuestiones de derechos?". DILEMATA, Revista Internacional de Éticas Aplicadas, 26, pp.34.
20. Véase sobre esta cuestión más ampliamente, Velázquez L.(2018). "Algunos aspectos acerca del consentimiento informado en la gestación subrogada". DILEMATA, Revista Internacional de Éticas Aplicadas, 26, pp. 15-25.
21. La Convención de los derechos del niño fue aprobada por la Asamblea de las Naciones Unidas el 20 de noviembre 1989 en Ginebra y fue ratificada por los Estados miembros de la misma ONU. Se puede encontrar la integridad de su texto en sito de la UNICEF: [https://www.unicef.it/Allegati/Convenzione\\_diritti\\_infanzia\\_1.pdf](https://www.unicef.it/Allegati/Convenzione_diritti_infanzia_1.pdf)