

**ANÁLISIS DEL CONTRATO DE MATERNIDAD  
SUBROGADA A LA LUZ DE LAS RECIENTES  
INICIATIVAS LEGISLATIVAS TENDENTES A SU  
LEGALIZACIÓN**

ADRIÁN PLASENCIA CASTILLA

Tutorizado por Juan Antonio García García y Estefanía Hernández Torres.

## ÍNDICE:

### I.-INTRODUCCIÓN

### II.-SOBRE LA EXISTENCIA DE UN DERECHO CONSTITUCIONALMENTE RECONOCIDO A LA REPRODUCCIÓN, A LA MATERNIDAD O A LA PATERNIDAD:

- a) *El derecho a la reproducción en las construcciones doctrinales*
- b) *el derecho a la reproducción humana en la jurisprudencia*

### III.- OBSTÁCULOS LEGALES Y ÉTICOS AL RECONOCIMIENTO DEL CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA

### IV.-ANÁLISIS DEL CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA. NATURALEZA, ELEMENTOS Y CONTENIDO. CUMPLIMIENTO.

## I.- INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como objetivo principal analizar el contrato de maternidad subrogada a la luz de las legislaciones que lo regulan y que lo declaran como lícito, sopesando los argumentos doctrinales, éticos, morales y de cualquier otra naturaleza que resulten necesarios para una mejor delimitación del estudio del referido contrato, y que, a nuestro juicio, creemos que ayudarán a comprender mejor la problemática que presenta la regulación del contrato de maternidad subrogada en España, y ello con ocasión de la última iniciativa legislativa presentada en nuestro país que intenta legalizar dicha figura, esto es, la Proposición de Ley 122/000117, presentada por el Grupo parlamentario Ciudadanos (BOC 145-1 de 8 de septiembre de 2017).

En cada uno de los epígrafes que se desarrollan a lo largo de este trabajo se realiza un recorrido tanto doctrinal como jurisprudencial del contrato de maternidad subrogada con la finalidad de exponer cuáles son las principales razones por las que se propone dar cobertura legal al mismo, regulando mínimamente su régimen jurídico. Al hilo de esta proposición de ley analizaremos la naturaleza del contrato, sus elementos subjetivos, su contenido y efectos, así como su incumplimiento y efectos, ayudándonos para ello también de manera recurrente del derecho comparado.

## II.-SOBRE LA EXISTENCIA DE UN DERECHO CONSTITUCIONALMENTE RECONOCIDO A LA REPRODUCCIÓN, A LA MATERNIDAD O A LA PATERNIDAD

Antes de entrar en los argumentos a favor de la regulación legal del contrato de maternidad por sustitución y los argumentos a favor de la continuidad de la prohibición del acuerdo anteriormente citado, procederemos a tratar el tema relativo a la posible existencia del derecho a la reproducción, a la procreación o a la sexualidad, así como a la posible existencia de un derecho a la maternidad y paternidad, tanto desde un punto de vista doctrinal en primer lugar, como luego desde un punto de vista de la jurisprudencia del TC y del TEDH. La existencia de este derecho explicaría o justificaría, en su caso, el recurso a la maternidad subrogada por cuanto dicho contrato serviría para satisfacer aquel derecho constitucional caso de existir éste como un derecho constitucionalmente reconocido.

Debe anticiparse que, tanto la doctrina como la jurisprudencia, han dado vida a un derecho a la reproducción humana basado en la interpretación de varios derechos constitucionales, a pesar de que se trata de un derecho no reconocido de forma expresa constitucionalmente, derivando el mismo del reconocimiento positivo y expreso de un derecho constitucional a la libertad o al libre desarrollo de la personalidad<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda, “*Algunas reflexiones jurídico- constitucionales sobre el derecho a la reproducción humana y las nuevas técnicas de reproducción asistida*”. Revista de Derecho Político, núm 26, 1988, pág 91, consultado en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=56981&orden=249875&info=link>

a) *El derecho a la reproducción en las construcciones doctrinales*

Merece la pena que nos detengamos en esta construcción de tal derecho a la reproducción, donde observamos que desde la doctrina se ha interpretado tal derecho en conjunción con otros constitucionalmente reconocidos como el derecho a la igualdad, a la protección a la salud, a la intimidad, a la dignidad, al libre desarrollo de la personalidad y del derecho a fundar una familia.

El derecho a la procreación se ha configurado partiendo de la interpretación conjunta con el derecho a la igualdad, en este caso por razón de sexo. Desde esta perspectiva de la igualdad de sexos resultaría discriminatorio reconocerse la facultad de reproducción sólo a uno de los sexos en vez de a ambos, y ello desde la perspectiva del acceso a las técnicas de reproducción asistida, donde también algunos legisladores han ubicado la regulación del contrato de maternidad subrogada<sup>2</sup>.

Por otra parte se ha interpretado el derecho a la reproducción desde el punto de vista del derecho a la protección de la salud del art.43.1 de la CE<sup>3</sup>. Se ha concluido en relación a dicho derecho con el de la procreación o reproducción que interpretarse tal derecho desde la luz del derecho a la protección de la salud implicaría aceptarse la existencia de la esterilidad como enfermedad. Esta interpretación ha llevado a la conclusión de que las técnicas de reproducción humana asistida solamente se emplearían cuando alguno de los miembros de la pareja resulte estéril surgiendo la aplicación de las mismas para dar respuesta al derecho a la procreación y cubrirse las necesidades del miembro de la pareja que sea infértil para reproducirse y llegar a ser padre. Las técnicas de reproducción asistida, y en su caso la maternidad subrogada, se justifican las mismas solamente cuando aparezca como presupuesto habilitante la esterilidad. Pero como comprobamos no siempre esto resulta así, dado que algunos legisladores también habilitan las técnicas de reproducción por otros motivos distintos de la esterilidad, por lo que las técnicas de reproducción asistida pueden dar cobertura a múltiples supuestos distintos a la esterilidad dentro la procreación, siendo el legislador en cuyo caso el que limite condicionando en cada supuesto sus fines y sus presupuestos.

Otro de los argumentos que se han utilizado para el recurso a las técnicas de reproducción asistida es el derecho de ser padre<sup>4</sup>. Pero este deseo de serlo, no podría alegarse de manera incondicionada, ya que podría conducirse en muchos casos a la subordinación del cuerpo de la mujer a los deseos de la familia, o de personas ajenas a la propia madre. Por otra parte y para evitarse la subordinación del cuerpo de la mujer podría emplearse la institución de la adopción con lo que se evitarían muchos de los problemas éticos y morales, también jurídicos que se generan contra la maternidad subrogada.

Se ha interpretado también el derecho a la procreación como parte del derecho al libre desarrollo de la personalidad, en la medida que los que opinan de esta forma entienden que cada individuo como es libre de tomar su propia decisión acerca de ser padres o no es el mismo el que debe interrogarse a sí mismo y llegar a la conclusión de si desea o no ser progenitor y con ello tener un hijo<sup>5</sup>. Por lo tanto, el derecho a la procreación desde el punto de vista del libre desarrollo de la personalidad implica que debe atenderse a la voluntad del individuo de ser progenitor o no voluntad que debe

---

<sup>2</sup> “*Algunas reflexiones...*”. *cit.*, págs 93 y 94.

<sup>3</sup> IGAREDA GONZÁLEZ, Noelia “*El hipotético derecho a la reproducción*”. Departamento de Ciencia Política y Derecho Público. Universidad Autónoma de Barcelona. Artículo de Derecho. Barcelona, 2011, pág 259, consultado en <https://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/viewFile/717/473>

<sup>4</sup> “*El hipotético derecho...*”. *cit.*, pág 259.

<sup>5</sup> “*El hipotético derecho...*”, *cit.*, pág 260.

encontrarse libre de injerencias por parte de los terceros para que el consentimiento sea libremente prestado por el sujeto.

También suele interpretarse el derecho a la procreación como parte del derecho a la intimidad (art.18 de la CE)<sup>6</sup> pero los que piensan así parten de la base que las decisiones del aborto se toman desde la consciencia íntima o personal del individuo y no desde el Estado considerándose tales decisiones amparadas bajo el derecho a la intimidad. El argumento tiene especial incidencia en Estados Unidos aunque podrían plantearse algunos reparos desde la perspectiva española o incluso europea donde las injerencias estatales en temas como éste no se ven como ataques a la intimidad o a la esfera de libertad de los individuos.

Por otra parte, se ha justificado el derecho a la procreación como parte del derecho a fundar una familia<sup>7</sup>. Pero esta interpretación limita en muchos casos la concepción de la familia, pues no contemplan que la familia pueda constituirse con nexos jurídicos distintos de los biológicos, es decir que no todos los miembros que forman parte del núcleo familiar tienen que tener necesariamente vínculos de consanguinidad puesto que, hay miembros que pueden tener el mismo reconocimiento de familia sin tal nexo biológico como es el caso de los adoptados.

Dentro de la doctrina española GÓMEZ SÁNCHEZ ha construido el derecho a la reproducción humana extrayéndose de la idea de libertad y a la libre autodeterminación argumentando que el individuo tiene que tener un poder de autodeterminación no sólo jurídico sino también desde la perspectiva física, esto es, sobre su propio cuerpo debiéndose tratar de un poder para decidir libremente sobre si ser progenitor o no serlo y sin dicha posibilidad de libre elección sería irrealizable el derecho a la reproducción.<sup>8</sup> Por otra parte la autora también vincula el derecho a la procreación con el derecho a la intimidad del art. 18.1 de la CE<sup>9</sup>, ya que cada sujeto debe tomar la decisión de forma íntima acerca de reproducirse o no evitándose las interferencias o intromisiones ilegítimas del Estado o de terceros que puedan afectar a la decisión del sujeto. Por lo tanto, es el propio individuo quien debe decidir si ser padre o no desde su propia intimidad.

Finalmente GÓMEZ SÁNCHEZ construye la titularidad del derecho a la procreación basada en la interpretación conjunta de los arts.17.1 de la CE, 10.1 de la CE y 18.1 de la misma Carta Magna concluyendo que, en efecto, cada individuo es titular de forma individual del derecho a la procreación. Esta titularidad individual del derecho a la procreación se deriva de que en nuestro ordenamiento jurídico está prohibida la maternidad por sustitución, por lo tanto tal derecho solamente puede ser ejercido por mujeres y no por hombres<sup>10</sup>.

Por otro lado, se encuentra ABELLÁN-GARCÍA<sup>11</sup> que ha reflexionado acerca del derecho a la procreación y lo ha considerado como un derecho vinculado a la libertad reproductiva utilizando en este caso las posibilidades que plantea el diagnóstico preimplantacional.

---

<sup>6</sup> “El hipotético derecho...”, pág 260.

<sup>7</sup> “El hipotético derecho...”, págs 260 y 261.

<sup>8</sup> GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda en “El hipotético dereco...”, págs 262 y 263.

<sup>9</sup> “El hipotético derecho..”, pág. 263.

<sup>10</sup> Cit GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda en “El hipotético derecho..”, pág. 263.

<sup>11</sup> ABELLÁN-GARCÍA SÁNCHEZ, Fernando en “El hipotético derecho a la reproducción”, Departamento de Ciencia Política y Derecho Público. Universidad Autónoma de Barcelona. Artículo de Derecho. Barcelona, 2011, pág 265., consultado en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6140628.pdf>

El autor anteriormente citado considera que, el derecho puede ser de titularidad individual o de titularidad conjunta por parte de ambos miembros de la pareja. Se trata de garantizarse que la paternidad que llevan a cabo los miembros de la pareja sea consensuada por ambos, es decir que decidan libremente de forma conjunta ser padres o no, suponiendo tal acuerdo un presupuesto para una paternidad responsable que lo que permite es evitarle al hijo problemas de salud graves.

Como hemos podido observar las opiniones acerca del derecho a la procreación o a la reproducción son diversas, pero lo que es común a dichos autores anteriormente citados es que parten de la base de una vinculación del derecho a la procreación a derechos constitucionalmente reconocidos, lo que permite dotarse de ciertas garantías jurídicas el ejercicio del derecho a la reproducción y en su caso el poder conseguir del legislador y de los poderes estatales el apoyo necesario para un ejercicio responsable del mismo.

Como conclusión al derecho a la procreación puede afirmarse que tal derecho a la autonomía procreativa ha tenido al menos en la doctrina un cierto reconocimiento y desde el punto de vista del derecho positivo también aunque de manera mucho más tímida puesto que el legislador si bien ha regulado el acceso a las técnicas de reproducción asistida pero lo ha hecho a través de una ley ordinaria y no orgánica esto es así porque como sabemos el derecho a la reproducción no es un auténtico derecho fundamental constitucionalmente reconocido por lo tanto lo que procede es su desarrollo mediante ley ordinaria.<sup>12</sup>

#### *b) El derecho a la reproducción humana en la jurisprudencia*

Analizado el derecho a la procreación desde el punto de vista doctrinal lo analizaremos ahora desde la óptica de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del TC español haciendo mención a la interpretación de tal derecho según dichos tribunales.

-La jurisprudencia europea.-El TEDH en su sentencia del *1 de abril de 2010*<sup>13</sup> trata la cuestión del derecho a la procreación con ocasión de la demanda conjunta interpuesta por cuatro demandantes cuyo objeto o fondo del asunto trata sobre el problema de la infertilidad y su problemática para el acceso al ejercicio del derecho a la procreación desde las técnicas de reproducción humana asistidas en Austria.. **Debe partirse del hecho de que** la ley austriaca contempla la regulación de las técnicas de reproducción humana asistida atendiendo a los tres derechos esenciales que el legislativo ha tenido en consideración a la hora del establecimiento de la regulación legal de dichos métodos de reproducción artificial dichos derechos son la *dignidad humana, el derecho a la procreación y el bienestar del niño*.

Pues bien, el legislativo austriaco ha prohibido la fecundación heteróloga que es aquella técnica que consiste en la donación de gametos por parte de terceros donantes cuyos gametos que se aportan a la gestación de la madre son los de donantes y no los propios de la pareja. Por lo tanto, en Austria solamente se permite la fecundación in vitro homóloga con exclusión de la heteróloga.

Para el TEDH analizando la ley austriaca hace mención a su vez a múltiples legislaciones de nuestro entorno europeo para ilustrarnos acerca de la prohibición de la fecundación heteróloga en Austria haciendo alusión por ejemplo a la Ley de Protección Embrionaria Artificial de Alemania cuyo legislador prohíbe de forma

---

<sup>12</sup> IGAREDA GONZÁLEZ, Noelia “*El hipotético derecho...*”.cit., pág 267, 268 y 269.

<sup>13</sup> STEDH ( Sección 1ª) Caso S.H contra AUSTRIA. Sentencia de 1 de abril de 2010. TEDH 2010/56.

taxativa al igual que Austria la fecundación heteróloga basándose el legislativo alemán en los derechos a la *dignidad, al libre desarrollo de la personalidad y al derecho al bienestar del niño.*<sup>2</sup>

El legislador, tanto alemán como el austríaco a la hora de regular la ley ha dictaminado que no puede pretenderse la disociación entre madre gestante y madre genética en la medida que afectaría tal situación al libre desarrollo de la personalidad del hijo, puesto que la necesidad de hacerse coincidir ambas maternidades ( la genética y la gestacional) estriba en la cuestión de que el hijo sepa en todo momento quién es su madre y esa madre solamente puede ser una además de que trata de evitarse el posible conflicto que surgiría entre ambas madres en el supuesto de que se reclamara al hijo para su atención y cuidados existiendo por otra parte el peligro derivado de que la madre donante como no ha portado la gestación podría desvincularse del hijo tras el nacimiento por tener éste por ejemplo algún tipo de malformación o enfermedad.

Y, por último, el legislador trata de proteger el derecho al bienestar del niño en relación con su identidad personal en la medida que el hijo tiene el derecho de conocer su origen biológico o genético algo que se vería dificultado si se hace reposar la maternidad en dos madres completamente distintas siendo lo mejor para el hijo que la maternidad la ostente una sola madre para que sea ésta fácilmente identificable por el hijo evitándose así la imposibilidad de identificar sus orígenes preservando en éste último caso la identidad personal del niño.<sup>3</sup>

Finalmente, en el fallo de dicha sentencia se termina condenando al Estado austríaco en la medida que produjo un daño a los demandantes ya que al no poderse acceder a la fecundación in vitro heteróloga en Austria que era la única vía para ser progenitores a causa de su infertilidad, produjo una serie de costes económicos por el desplazamiento a otro Estado donde sí está permitida tal fecundación con la finalidad de llegar a ser padres, costes económicos que deben procederse a su abono por parte del Estado austríaco.<sup>4</sup>

-Jurisprudencia española.-Por lo que se refiere a la jurisprudencia del TC español abordaremos la cuestión a raíz de los pronunciamientos de éste sobre la esterilización de incapaces y sobre la regulación de las técnicas de reproducción asistida.

Debe partirse de los pronunciamientos relativos a la esterilización de los incapaces, cuyo análisis tiene como objeto la ponderación del derecho fundamental a la integridad física y moral y su eventual colisión con el derecho fundamental a la vida en relación con el derecho a la procreación anteriormente aludido. Tal análisis se aborda desde la *STC núm. 215/1994 de 14 de julio*<sup>14</sup> cuyos principales fundamentos analizaremos a continuación.

En primer lugar se establece la posible colisión del derecho a la integridad física y moral con el derecho a la vida constitucionalmente reconocidos por la práctica de la esterilización sobre los incapaces. En lo referente al peligro que para la vida del incapaz puede suponer la técnica de la esterilización dice el TC que éste se ha paliado con la exigencia de que el juez o tribunal competente emita una resolución judicial solamente si existen previamente dos informes independientes suscritos por especialistas médicos también independientes. Además surge la garantía adicional de dar audiencia al Ministerio Fiscal y finalmente se requiere de una exploración previa del incapaz antes de acordarse la esterilización en virtud de resolución judicial.

El TC ha considerado como suficientes tales requisitos regulados por la legislación para la práctica de la esterilización evitando con su correcta valoración por el juez o tribunal dichos peligros sobre la eventual conculcación del derecho a la integridad física o moral y del derecho a la vida de los afectados. Además, la decisión de esterilización no depende exclusivamente del Estado ni de los poderes públicos pues debe surgir también a iniciativa de los representantes legales del incapaz

---

<sup>14</sup> Tribunal Constitucional ( Pleno). Sentencia núm.215/1994 de 14 de julio.

pero no depende sólo de la decisión de los representantes legales sino que también debe valorarse la opinión de la autoridad judicial siendo el padecer de este último digno de valorarse conjuntamente con la opinión de los representantes legales y del resto de instituciones públicas anteriormente mencionadas.

Por otra parte, la esterilización del incapaz podría afectar al libre desarrollo de la personalidad y de la dignidad del mismo ( art.10.1 de la CE) en el ejercicio del derecho a la procreación, ya que toda persona tiene el derecho de acceso a la sexualidad. Para el TC español, por el contrario, la esterilización promovería el libre desarrollo de la personalidad del incapaz que a su vez evitaría las responsabilidades y deberes de una paternidad no deseada y también favorece el control o vigilancia permanente sobre los incapaces. Por lo dicho, una limitación al derecho a la procreación acordando la esterilización del incapacitado evitaría que éste asumiera riesgos derivados de la paternidad o maternidad por el hecho de que no sería capaz de entender o comprender la trascendencia de los deberes derivados de la patria potestad, evitándose así, dicho riesgo con la esterilización.

*“.. la finalidad de esa norma, tendente siempre en interés del incapaz a mejorar sus condiciones de vida y su bienestar , equiparándola en todo lo posible al de las personas capaces y al desarrollo de su personalidad sin otras trabas que las imprescindibles que deriven necesariamente de la grave deficiencia psíquica que padece, permite afirmar su justificación y la proporcionalidad del medio previsto para la consecución de esos fines. a) Lo primero -la justificación- porque la esterilización del incapaz, por supuesto sometida siempre a los requisitos y garantías ya examinados que para su autorización judicial impone el art. 428 del CP, le permite no estar sometido a una vigilancia constante que podría resultar contraria a su dignidad (art. 10.1 CE) y a su integridad moral (art. 15.1 CE), haciendo posible el ejercicio de su sexualidad, si es que intrínsecamente lo permite su padecimiento psíquico, pero sin el riesgo de una posible procreación cuyas consecuencias no puede prever ni asumir conscientemente en razón de su enfermedad psíquica y que, por esa misma causa, no podría disfrutar de las satisfacciones y derechos que la paternidad y maternidad comportan, ni cumplir por sí mismo los deberes (art. 39.3 CE) inherentes a tales situaciones”.*

Así pues, en ningún caso el TC ha reconocido primacía alguna al derecho a la reproducción humana, pues se trata de un bien jurídico que debe ponderarse en función de las circunstancias e intereses concurrentes en cada situación considerada.

También el TC ha abordado el derecho a la reproducción o a la procreación humana desde el punto de vista de la primera versión de la ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida en nuestro país, es decir, desde la perspectiva de la Ley 35/1988.

Desde la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida del 88 ha tenido la oportunidad de pronunciarse el TC acerca de la misma con ocasión del recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la misma en STC núm 116/1999 de 17 de junio<sup>15</sup> en la que se discutía si la regulación legal de las técnicas de reproducción humana asistida vulneraba el derecho fundamental a la vida ( art.15 de la CE), a la dignidad humana ( art.10.1 de la CE) y al derecho a la libre investigación de la paternidad consagrado constitucionalmente en el (art.39.2 de la CE) con ocasión el estudio de este último en relación con el derecho a la familia consagrado también en ese mismo art.39 de la CE.

El TC en relación con el art.15 de la CE dijo que la Ley anteriormente referenciada no lo vulneraba en la medida que antes de la fecundación, es decir, antes de la transferencia de embriones o de preembriones a la gestación no es susceptible de protección el embrión en la medida que la vida comienza a ser objeto de

---

<sup>15</sup> TC ( Pleno) Sentencia núm. 116/1999 de 17 de junio.

protección una vez que se ha producido la fecundación. Por lo tanto, hasta el momento anterior a la fecundación in vitro o a la transferencia de embriones podría acordarse por la madre la interrupción del tratamiento de fecundación in vitro sin afectarse al derecho a la vida y sin que pueda entenderse que antes de dicha transferencia estamos ante un supuesto de aborto, ya que la vida aún no ha comenzado ni por lo tanto puede protegerse hasta la transferencia embrionaria. Tal interpretación de lo dicho anteriormente la encontramos en el FJ 1 apartado 12 de la STC núm 116/1999 de 17 de junio anteriormente citada.

Por otro lado, en relación con el derecho a la dignidad humana ( art.10.1 de la CE) el TC también ha declarado que no puede entenderse vulnerado o menoscabado en la medida que los embriones o preembriones no viables que se empleen o utilicen para la realización de terapias de prevención de enfermedades o para la mejora de la salud de las personas es acorde a la CE y a la legalidad en la medida que esos embriones no contienen vida alguna al ser inviables para la fecundación. Por lo tanto su dedicación a fines experimentales que tengan relación con la prevención de diagnósticos de enfermedades y su empleo terapéutico para la cura de enfermedades no atenta contra la vida humana en la medida que al no tener vida alguna no puede hablarse de atentado contra la dignidad humana y como se dedican a avances científicos distintos a la procreación humana y a la experimentación humana dentro de los fines de prevención de diagnósticos de enfermedades y con finalidad terapéutica en nada vulneran el art.10.1 de la CE.

Y, finalmente el TC se pronuncia acerca del derecho a la libre investigación de la paternidad del art.39.2 de la CE y a la posible vulneración del mismo por parte de la Ley 35/1988 de Técnicas de Reproducción Humana Asistidas. El TC argumenta en la sentencia 116/1999 de 17 de junio que tal derecho no tiene un carácter incondicionado, es decir, el derecho tiene que tener una justificación práctica en el sentido de que debe existir una causa justificada para la averiguación por parte del hijo de su origen biológico sin que la causa pueda ser indiscriminada o injusta. Según el TC debería permitirse el acceso al conocimiento del origen genético del hijo nacido en virtud de estas técnicas en relación con el donante a los solos efectos de averiguar el origen genético de la generación siempre que ello no suponga riesgo alguno para el propio hijo o para el donante, o para evitarle un riesgo o por alguna circunstancia que hiciera necesario el acceso al conocimiento de ese origen biológico.

Este trasfondo jurisprudencial es el que va a gravitar de manera ineludible en la regulación normativa de la maternidad subrogada, pues el legislador, al menos en los ejemplos que citaremos después, articula el acceso a este contrato como una vía alternativa en la mayoría de los casos subsidiaria a las técnicas de reproducción asistida debiendo acreditarse el fracaso o imposibilidad de procrear a través de estas técnicas de reproducción asistida para legitimar la legalidad de los acuerdos de maternidad subrogada. También la disociación entre maternidad biológica y maternidad legal tendrá un peso importante sobre el reconocimiento de estos acuerdos. De ello nos ocuparemos en el siguiente epígrafe.

### III.-EL CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA. OBSTÁCULOS LEGALES Y ÉTICOS A SU RECONOCIMIENTO POR EL LEGISLADOR

Una vez tratado el tema del *hipotético derecho a la procreación*, y como veremos en íntima conexión con éste examinaremos los posibles obstáculos de todo orden que se esgrimen en torno al contrato de maternidad subrogada comentando en este epígrafe los principales puntos que suponen una dificultad especial para declararse la legalidad de dicha práctica de la maternidad subrogada en España.

*1.-La prohibición del contrato de maternidad subrogada por la ley española de TTRRAA y la jurisprudencia del TS relativa al mismo*

Con carácter previo al análisis de las principales razones y argumentos esgrimidos en torno al reconocimiento del contrato de maternidad subrogada debemos hacer una especial consideración a la jurisprudencia, tanto la dictada por el TS como por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) relacionada con el tema de la inscripción de la filiación en el Registro Civil derivada de la técnica de maternidad subrogada.

STS 6 de febrero de 2013.-El Tribunal Supremo español en su sentencia de 6 de febrero de 2013<sup>16</sup> declara que la negativa a inscribirse la filiación a favor de una pareja de varones homosexuales derivada de técnicas de reproducción de maternidad subrogada es conforme al orden público español, ya que el art.10.1 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistidas es claro en este sentido determinando la nulidad de pleno derecho de éstas técnicas de gestación subrogada. Por lo tanto de inscribirse la filiación derivada de éstas técnicas contraviene el orden público español, en la medida que se aceptaría con ello las consecuencias y efectos derivados de dicho contrato que sería en este supuesto la disociación de la filiación y su posterior otorgamiento a favor de un sujeto distinto de la madre gestante y ello está prohibido por nuestro ordenamiento jurídico ya que la filiación materna se determina por el hecho del alumbramiento.

El TS apoya la fundamentación de la negativa a la inscripción inspirándose en los principios que sirven de sustento a ese orden público como son la dignidad del menor y de la mujer, protección integral del menor, integridad física y moral y protección de la familia todos ellos derechos constitucionalmente reconocidos en nuestra Carta Magna. Partiendo del elenco de derechos anteriores el Alto Tribunal niega la inscripción porque en primer lugar se vulnera la legalidad del ordenamiento jurídico español dado que los contratos de gestación subrogada son nulos de pleno derecho, máxime cuando se pacta sobre una materia como es la filiación que forma parte del núcleo indisponible de la contratación por parte de los contratantes ya que es una materia proveniente de normas de *ius cogens* y por lo tanto forman parte de normas imperativas que no están al acceso de las partes del acuerdo. La filiación no se trata en palabras del TS como una cuestión periférica del acuerdo ya que afecta a un elemento esencial del objeto del contrato como es la renuncia de la filiación por parte de la gestante a favor de los comitentes y esta renuncia es la que forma parte de la prohibición del contrato que enuncia y declara el art.10.1 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Lo anteriormente expuesto tiene su reflejo en el FJ 3 apartado 11 de la sentencia núm 835/2013<sup>2</sup>.

Por otra parte, el TS y siguiendo con el criterio de interpretación del orden público nos dice en la sentencia anteriormente citada que el hecho de admitirse los pactos sobre la filiación en virtud de acuerdos de maternidad subrogada supondría la mercantilización del niño tratándolo como objeto, ya que la filiación formaría parte de la res intra commercium convirtiéndola en disponible y es eso lo que se trata de prohibirse con la declaración de nulidad de la inscripción de la filiación en el Registro Civil español, además de que atentaría contra la integridad física de la gestante al tratarse a la mujer como cosa y afectaría a la integridad moral del hijo en la medida que su identidad quedaría en manos del pacto o del acuerdo comercial al que llegue la gestante con los progenitores

---

<sup>16</sup> STS ( Sala de lo Civil), Sentencia núm. 835/2013 de 6 de febrero.

comitentes en la renuncia de la filiación a favor de éstos últimos. La fundamentación a lo argumentado en este párrafo se encuentra justificada en el FJ 5 apartados 7 y 8 de la STS anteriormente enunciada.<sup>3</sup>

En consecuencia dice el TS, la negativa a la inscripción resulta acorde con el ordenamiento jurídico español y no sería discriminatoria esa negativa por tratarse de una pareja homosexual puesto que la negativa no se funda en una cuestión de orientación sexual, sino en el orden público, esto es, sobre la determinación de la filiación. El FJ de la sentencia que sostiene lo anteriormente dicho se encuentra en el FJ 3 apartado 1 que dice lo siguiente “- *Los recurrentes reconocen la contrariedad al orden público español de dicho contrato de gestación por sustitución, que impediría considerar válido y ejecutar en España tal contrato. Pero afirman que la inscripción de la filiación que pretenden es solamente una consecuencia "periférica" de dicho contrato, por lo que no existe la incompatibilidad con el orden público que apreció la sentencia de la Audiencia. El argumento no puede estimarse, puesto que la filiación cuyo acceso al Registro Civil se pretende es justamente la consecuencia directa y principal del contrato de gestación por sustitución. No puede admitirse la disociación entre el contrato y la filiación que sostienen los recurrentes. Además, es importante tomar en consideración que la ley no se limita a proclamar la nulidad de pleno derecho del contrato de gestación por sustitución. También prevé cuál debe ser el régimen de la filiación del niño que sea dado a luz como consecuencia de dicho contrato: la filiación materna quedará determinada por el parto y se prevé la posibilidad de ejercicio de la acción de reclamación de paternidad respecto del padre biológico. La filiación cuyo acceso al Registro Civil se pretende es frontalmente contraria a la prevista en el art. 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida y, como tal, incompatible con el orden público, lo que impide el reconocimiento de la decisión registral extranjera en lo que respecta a la filiación que en ella se determina*”.

A dicha Sentencia del TS dictada por mayoría se formula un voto particular que viene a argumentar en síntesis que ante una filiación determinada lícitamente con arreglo a una legislación extranjera debe permitirse su acceso al Registro Civil español mediante su inscripción.

“ *La técnica jurídica aplicable no es la del conflicto de leyes, sino la de reconocimiento de una decisión de autoridad, la adoptada por la autoridad administrativa del Registro Civil de California, como admite la sentencia. En lo que aquí interesa supone, aunque parezca obvio, que existe una previa decisión de este orden sobre filiación de dos niños nacidos tras una gestación por sustitución por lo que el acceso de esta decisión extranjera al Registro Civil español no debería plantear problemas sobre la ley aplicable, sino con relación al hecho del reconocimiento en España de un documento auténtico de autoridad administrativa, en la forma que hiciera la DGRN en la resolución que ha sido impugnada, conforme al artículo 81 del Reglamento del Registro Civil ( RCL 1958, 1957 , 2122 y RCL 1959, 104) . Esta solución estaría, además, amparada en el principio de igualdad e interés de los menores que de hecho están siendo inscritos en los registros civiles a partir de la inscripción aquí cuestionada.*

*2.-Si situamos la certificación registral en este contexto normativo, que presupone la existencia de una resolución extranjera, que no consta, como presupone la existencia de un contrato de gestación, que tampoco consta en la certificación (la ilicitud de este contrato con arreglo a la normativa española constituye el principal argumento de la demanda formulada por el Ministerio Fiscal), se habría aplicado correctamente el artículo 81 del Reglamento del Registro Civil en el sentido de que el documento presentado era de los que permiten la inscripción en el Registro Civil sin necesidad de controlar su legalidad conforme a la ley española, al haberse producido conforme a la ley californiana. Lo que se interesa es el reconocimiento de la filiación resultante de la legislación americana, en relación con el amparo que se presta a unos hijos de españoles, al*

margen de un contrato en cuya proyección no han intervenido los menores, por lo que el instrumento contractual no puede ser la causa de denegación del reconocimiento. En consecuencia, no resulta aplicable el artículo 10 de la [Ley 14/2006 \(RCL 2006, 1071\)](#) , puesto que la filiación ya ha sido determinada por una autoridad extranjera (" decisión de autoridad "), con lo que el problema se trasladaría a resolver si esta decisión contraría o no el orden público internacional, que es el argumento utilizado en algunas resoluciones dictadas en países de nuestro entorno en los que este tipo de contratos está prohibido por su legislación, algunos incluso en trámite de resolución ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (casos [Menesson y Labasse](#), en Francia, y caso [Paradiso \(TEDH 2000, 51\)](#) y [Capanelli](#), en Italia), y ver si puede ser introducida en el orden jurídico español para surtir en España los efectos legales correspondientes.

3.-Se discrepa abiertamente de lo que sostiene la mayoría sobre la vulneración del orden público.

En primer lugar, si bien el legislador español considera nulo el contrato de gestación por sustitución, tanto con precio como sin él, ha de diferenciarse la admisión de estas prácticas en España, que en el momento actual son ilegales, de sus efectos cuando provienen de un Estado en el que se admiten y tienen eficacia vinculante basada en la jurisprudencia emanada de su Tribunal Supremo (case law), en línea con el informe de la Conferencia de Derecho Internacional Privado de la Haya 10 de marzo de 2012, sobre los problemas de los contratos de gestación subrogada en el ámbito internacional, porque lo que se somete a la autoridad española no es la legalidad del contrato, **sino el reconocimiento de una decisión extranjera válida y legal conforme a su normativa**. La denegación de este reconocimiento solo podría producirse cuando se contraría el orden público entendido desde el interés superior del menor. El orden público en esta materia no debe valorarse desde la perspectiva de la contrariedad con la normativa interna, sino desde la consideración que merezca la tutela del interés del menor (como ocurre en materia de adopciones internacionales), cuya normativa reguladora tiene también características de orden público y debe ser observada necesariamente por los jueces y tribunales en cuanto les afecte, según establecen los [artículos 53 CE \(RCL 1978, 2836\)](#) y [5 LOPJ \(RCL 1985, 1578 y 2635\)](#) , como se afirma en la [STC 141/2000, de 29 mayo \(RTC 2000, 141\)](#) , que lo califica como "estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional" , destacando como relevantes a estos efectos la [Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 1989 \(RCL 1990, 2712\)](#) , ratificada por España en 1990, la [Carta Europea de los Derechos del Niño del Parlamento Europeo \(Resolución A 3-0172/92, de 8 julio\)](#) y la [Ley Orgánica 1/1996 \(RCL 1996, 145\)](#) , de [Protección Jurídica del Menor \(asimismo SSTC 143/1990 \(RTC 1990, 143\)](#) , [298/1993 \(RTC 1993, 298\)](#) , [187/1996 \(RTC 1996, 187\)](#) y [114/1997 \(RTC 1997, 114\)](#) , así como el [ATC 28/2001, de 1 febrero \(RTC 2001, 28\)](#) )”.

En definitiva y acorde con el Voto Particular de la sentencia anteriormente citada, el contrato de maternidad subrogada no puede ser el motivo principal para la denegación de la inscripción de la filiación del hijo ya que dicha negativa produciría el desamparo del menor al no poderse acoger a los derechos derivados de la filiación no siendo la negativa a la inscripción de la filiación la solución más justa porque se estaría afectando al interés superior del menor.

Análisis de la jurisprudencia del TEDH relativa a la inscripción de filiaciones derivadas del contrato de maternidad subrogada en Francia desde la perspectiva del caso Mennesson y Labassee contra Francia desde la STEDH de 21 de julio de 2016<sup>17</sup> que recopila tal jurisprudencia.

En la STEDH se discute por parte del TEDH la legitimidad y la proporcionalidad de la negativa por parte del Estado francés de la inscripción de las actas registrales de Bombay en el Registro Civil francés y sobre ellas el reflejo que produce la filiación derivada de acuerdos de maternidad subrogada.<sup>18</sup>

El TEDH en la sentencia de 21 de julio de 2016 resuelve en contra de lo dictaminado por el Tribunal de Instancia de Rennes, luego por el Tribunal de Apelación de dicha ciudad y finalmente, por el Tribunal de Casación Francés instancias todas ellas que negaron dicha inscripción basándose en la prohibición de estos contratos de maternidad subrogada en Francia ya que no pueden inscribirse las filiaciones derivadas de estos acuerdos por ser contrarios dichos contratos a lo dispuesto en el art.16-7 y 16-9 del CC francés.<sup>19</sup>

El TEDH termina condenando a Francia en aplicación de la jurisprudencia del caso Mennesson y Labassee contra Francia. El TEDH condena a Francia, casos Mennesson y Labassee, porque la negativa del Estado francés a la inscripción de la filiación supondría denegar también conjuntamente la posibilidad de obtenerse por parte de los menores la nacionalidad francesa con los perjuicios que supone.<sup>20</sup>

Por lo tanto y pese a dicha prohibición por parte de Francia de los contratos de maternidad

---

<sup>17</sup> STEDH ( Sección 5ª) Caso Boulon y Bouvet, Sentencia de 21 de julio de 2016.

<sup>18</sup> Cit STEDH ( Sección 5ª) Caso Boulon y Bouvet, Sentencia de 21 de julio de 2016.

<sup>19</sup> Cit STEDH ( Sección 5ª) Caso Boulon y Bouvet, Sentencia de 21 de julio de 2016.

<sup>20</sup> Cit STEDH ( Sección 5ª) Caso Boulon y Bouvet, Sentencia de 21 de julio de 2016.

subrogada en base al art.16-7 y 16-9 del CC francés debe procederse a la inscripción de la filiación derivada de tales acuerdos de maternidad, puesto que la filiación afecta a una cuestión de estado del menor como sería la obtención de la nacionalidad francesa y su denegación también sería contraria al Convenio europeo sobre protección de los derechos del hombre y libertades fundamentales que reconoce conjuntamente con el hecho del nacimiento el derecho a la obtención de un nombre y a una nacionalidad, derechos que se verían vulnerados según el Consejo de Estado en su pronunciamiento anterior en el caso *Mennesson* contra Francia y que se recuerda en la STEDH de 21 de julio de 2016 al no reconocerse por Francia dicha filiación a pesar de la ilegalidad del contrato de maternidad subrogada.<sup>21</sup>

En el fallo de la sentencia del TEDH de 21 de julio de 2016 condena al Estado francés a tal reconocimiento de la filiación en el Registro Civil francés en base a lo dictaminado en el caso de *Mennesson* contra Francia y *Labassee* contra Francia.<sup>22</sup>

La jurisprudencia posterior a las sentencias del TEDH.-Esta argumentación del TEDH sobre Francia ha tenido repercusiones en el resto de países europeos con legislaciones análogas que prohíben el contrato de maternidad subrogada y en los que se han producido pronunciamientos jurisprudenciales similares a los franceses negando el acceso de la filiación de los nacidos mediante este tipo de contratos a los registros civiles. En su momento el Ministerio de Justicia anunció, tras estos pronunciamientos del TEDH contra Francia que España facilitará el acceso de la filiación de estos menores al Registro civil de la misma forma que se venía haciendo en nuestro país (en virtud de una Instrucción de la Dirección General de los Registros de 2010) hasta la Sentencia del TS de 6 de febrero de 2013 aunque lo cierto es que ello nunca se hizo realidad.

No obstante, el TS ya recoge de manera indirecta dicha doctrina del TEDH en las sentencias dictadas por la Sala de lo Social de fecha 13 y 22 de marzo de 2018 relativas a que en todo caso la nulidad de pleno derecho del contrato de gestación por sustitución establecida en el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo no puede perjudicar la situación del menor ni privarse al progenitor de los beneficios que a éste se le reconoce por el ordenamiento.

## *2.-Los argumentos típicos esgrimidos en contra del reconocimiento del contrato de maternidad subrogada*

Pasaremos a la enumeración a continuación de los argumentos que suelen esgrimirse en contra del

---

<sup>21</sup> Cit STEDH ( Sección 5ª) Caso *Boulon y Bouvet*, Sentencia de 21 de julio de 2016.

<sup>22</sup> Cit STEDH ( Sección 5ª) Caso *Boulon y Bouvet*, Sentencia de 21 de julio de 2016.

reconocimiento del contrato de maternidad subrogada para luego analizar con cierto detenimiento cada uno de ellos.

En primer lugar nos encontramos con el problema del hipotético servilismo que se generaría si se legaliza la maternidad por sustitución en nuestro país.

Por otra parte, el problema del turismo procreativo hacia otros países en los cuales si se encuentra legalizada la maternidad subrogada.

La problemática entorno al problema de la infertilidad ( en este punto nos remitimos al apartado del *Hipotético derecho a la reproducción* dando ese punto por reproducido).

Posteriormente, se encontraría el problema de la determinación de la filiación con la consiguiente inscripción de la misma en el Registro Civil Español cuando tal filiación haya sido reconocida en otro Estado en virtud de estas técnicas de reproducción humana asistidas. En relación con la cuestión de la determinación de la filiación enlazamos tal cuestión con el interés superior del menor que se tiene en cuenta siempre éste último principio cuando se trate con menores sobre cualquier materia que afecte a sus intereses por ser siempre un interés digno de protegerse en virtud de acuerdos, tratados internacionales y de normativa internacional.

Y finalmente, los costes económicos que se generan para acudir a éste proceso procreativo como técnica alternativa a las de reproducción humana asistidas.

a) *La cosificación de la mujer gestante.*-Comenzamos con el tema del problema del *servilismo* de la mujer que gesta con respecto a los padres comitentes en virtud del acuerdo de maternidad subrogada.

Tal pensamiento de prohibición del contrato de maternidad subrogada ha partido según el Comité de Bioética de España en su informe emitido en Bilbao el 19 de mayo de 2017<sup>23</sup> de la idea de que se prohíbe dicha técnica de reproducción porque no puede pretenderse la subordinación o instrumentalización del cuerpo de la mujer, en la medida que se estaría cosificando el cuerpo lo que supondría indudablemente que al tratarse a la mujer gestante como un instrumento no podría disponer ésta libremente de su cuerpo dado que tendría que someterse a las condiciones que les imponen los padres comitentes en virtud del acuerdo de maternidad subrogada. Además se prohíbe la maternidad subrogada en relación a la prohibición de la cosificación del cuerpo de la mujer dado que trata de evitarse las situaciones de abuso por parte de los comitentes hacia la gestante.

Si atendemos al análisis de la naturaleza del contrato de maternidad subrogada podemos encontrarnos con la opinión de JOSÉ LACRUZ BERDEJO<sup>24</sup> que a su vez hace alusión a la opinión de otros autores diciendo que *”determinados autores califican el contrato como un arrendamiento de servicios que al declararse como tal, cierta instrumentalización o servilismo debe admitirse, ya que la gestante presta un servicio como es la gestación a cambio de la entrega del hijo a los padres comitentes, siendo éstos últimos los que remuneran el servicio prestado por la*

---

<sup>23</sup> Informe del Comité de Bioética de España “ *Informe del Comité de Bioética sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada*”. Bilbao, 2017, pág 26.

<sup>24</sup> LACRUZ BERDEJO, José , Elementos de Derecho Civil, IV, 1989, págs 164 y 165. En este mismo sentido también se pronuncia en la misma línea GARCÍA PÉREZ Carmen L en *Comentarios a la Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Navarra, 2007, págs 369 y 377.

*gestante. Por lo tanto, el servilismo es la base de éste acuerdo de maternidad subrogada”.*

Así observamos que el contrato de maternidad subrogada ha mostrado ciertos problemas con respecto al servilismo de la mujer gestante ya que por otra parte determinadas mujeres generalmente las más pobres ofrecen su gestación a las mujeres más ricas para la aportación de la gestación dado que las condiciones de las primeras mujeres suelen ser precarias y por necesidad acuden a la práctica de la maternidad por sustitución ofreciendo su fertilidad a las más ricas a cambio de una contraprestación o remuneración lo que nos conduciría de nuevo al servilismo pero en este supuesto sería para salir de una situación de necesidad creada por la especial pobreza de las mujeres más pobres condición de pobreza que llevaría a las mujeres más ricas al abuso.

Por otra parte se ha propuesto por determinados autores a los que el Comité de Bioética de España en su informe de 2017<sup>25</sup> anteriormente mencionado no nombra pero expone la opinión de dichas voces diciendo en síntesis que para evitarse las situaciones de abusividad de estas prácticas debería regularse el contrato de maternidad por sustitución declarándose su legalidad, pero para que se descarte el abuso de estas técnicas lo mejor sería establecerse su aplicación en supuestos excepcionales que aún así no evitarían en la práctica la realización de dicho acuerdo en condiciones de abusividad pero sí permitiría legitimar la cierta instrumentalización que se produce en el contrato con respecto a la gestante y no quedaría la ejecución de estas técnicas en manos del arbitrio de los comitentes puesto que su legitimación tendría una base legal suficiente.

La prohibición del contrato de maternidad subrogada en nuestro país por parte del legislador ha supuesto también un obstáculo en la medida que muchas parejas han marchado hacia otros Estados donde sus ordenamientos jurídicos permiten la realización de éstas técnicas sin problemas algunos lo que ha generado que un importante sector de la sociedad española haya sentido la necesidad tras la prohibición del contrato por el legislador de ser padres comitentes en esos terceros Estados.

Pero antes hacerse una breve mención a las técnicas de reproducción humana asistida recordando que la maternidad subrogada no ha sido tomada como alternativa a las de reproducción humana asistida por parte del legislador español<sup>26</sup> por esta razón las parejas o los individuos solteros acuden a esas terceras legislaciones donde sí está permitida la maternidad por subrogación para cumplir su deseo de ser padres por comisión encargando los servicios a una madre gestante que llevaría a buen término la maternidad subrogada.

*b) El turismo procreativo.-* Pese a lo dicho anteriormente no todas las legislaciones son proclives a la legalización del contrato de maternidad subrogada con independencia de si se realiza de manera altruista o no, ya que la gran mayoría de ordenamientos que la regulan la limitan solamente a la modalidad altruista con descarte de la modalidad onerosa. Pensemos por ejemplo en Portugal donde su Ley de Gestación Subrogada, Ley 25/2016 de 22 de agosto admite solamente la modalidad altruista con exclusión de la modalidad onerosa de hecho con motivo de la prohibición del lucro se prevén penas de cárcel o de prisión para las sujetos que lleven a cabo dicha técnica onerosamente.<sup>27</sup>

Por otra parte, la legislación neoyorquina en su Ley 6037 en su Sección 701 a 718 permite la

---

<sup>25</sup> Informe del Comité de Bioética “ *Informe del Comité de Bioética sobre los aspectos éticos...* ”. cit., págs. 26 y 27.

<sup>26</sup> Cit Informe del Comité de Bioética “ *Informe del Comité de Bioética sobre los aspectos éticos...* ”. Bilbao, 2017, págs. 18 y 19.

<sup>27</sup> Ley 25/2016 publicada en *Diario de la República*, nº 160/2016, Serie I de 2016-08-22.

modalidad altruista también del contrato.<sup>28</sup>

Por lo tanto, se produce un avance importante con respecto a España en la medida que al menos en estas otras legislaciones se admite la modalidad altruista del contrato y en nuestro país se declara la nulidad de pleno derecho del contrato con independencia de que medie o no precio tal y como declara el art.10.1 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistidas que recordemos que dice lo siguiente “*Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero*”.

c) *Problemas derivados de la configuración jurídica de la filiación.*- Se ha alegado por parte del Comité de Bioética de España en su informe del 2017<sup>29</sup> la circunstancia de que debe seguirse con la prohibición del contrato de maternidad subrogada en la medida que efectivamente se evitarían los riesgos derivados del doble vínculo del parentesco ya que las madres gestantes normalmente guardan algún tipo de relación con los comitentes casi siempre familiar lo que nos llevaría a la circunstancia de que la madre gestante podría ser por ejemplo a la vez tía o abuela del hijo que ha concebido lo que lleva a una distorsión de la forma de entenderse las relaciones de parentesco dentro de la misma forma de ordenación de las relaciones familiares. Por otro lado, el mismo Comité de Bioética de España entiende que podría ponerse en conflicto el interés superior del menor si se permitieran este tipo de dobles vínculos en la medida que el hijo al enterarse de que su madre gestante ostenta otra condición de parentesco distinta a la de madre podría llevarle al rechazo hacia su progenitora o podría dificultar el reconocimiento del hijo acerca del origen biológico o genético con respecto a la maternidad dificultad que estriba en que tan siquiera no se ha reconocido el ejercicio al derecho a la investigación de la maternidad, dado que el art.39.3 de la CE solamente permite actualmente el derecho a la investigación de la paternidad. Con lo cual, no solamente se afectan a las relaciones familiares sino que se crearían o generarían nuevas situaciones como es la investigación de la maternidad que no ha sido prevista por el constituyente a la hora de aprobarse, promulgarse y ratificarse la CE.

Por otra parte, el propio Comité de Bioética de España<sup>30</sup> en el informe anteriormente citado advierte del riesgo que supone la disociación de la maternidad gestacional con respecto a la maternidad jurídica en la medida que si se permitiese tal disociación y fuesen otros sujetos los que asumen los deberes y obligaciones derivados de la filiación en relación con la maternidad jurídica podría ponerse en peligro el interés superior del menor. No obstante, si dicha disociación pudiese hacerse sin ponerse en peligro el interés anteriormente enunciado se consideraría posible tal desvinculación entre ambas maternidades.

En relación con la anterior prohibición de disociación entre maternidad gestacional y jurídica se establece la misma prohibición también para evitarse los supuestos de la venta de niños y con ello el tráfico ilegal de los mismos desde el punto de vista del derecho internacional privado, ya que si fueran posibles estos acuerdos de maternidad subrogada la disociación entre ambas maternidades podría abrir la puerta a los supuestos de tráfico de niños algo que debe tratarse de evitar a toda

---

<sup>28</sup> Ley de Nueva York sobre la maternidad por sustitución publicada en <http://lawfilesexxt.leg.wa.gov/biennium/2017-18/Pdf/Bills/Senate%20Bills/6037.pdf#page=1>.

<sup>29</sup> Cit Informe del Comité de Bioética “ *Informe del Comité de Bioética sobre los aspectos éticos...*”. Bilbao, 2017, págs.75 y 76.

<sup>30</sup> Cit Informe del Comité de Bioética “ *Informe del Comité de Bioética sobre los aspectos éticos...*”. Bilbao, 2017, pág.30.

Por otra parte como derivación de la Convención sobre los Derechos del Niño que ha sido ratificada por todos los Estados ( menos EEUU) en el año 2000 se procede a la aprobación del Protocolo Facultativo de la Convención de los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, a la prostitución y también contra la utilización de niños en la pornografía<sup>32</sup>. Este protocolo ha definido lo que entiende por venta de niños de la forma siguiente en su artículo 2 que dice lo siguiente de forma textual “ *Por venta de niños se entiende todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución*”.

En interpretación de dicha definición anterior el Comité de Bioética de España<sup>33</sup> entiende que no podría hablarse de venta de niños cuando al menos una de las cargas genéticas ha sido transmitida por al menos uno de los progenitores ya que al menos uno de los comitentes resultaría padre legal. En cualquier caso termina concluyendo el Comité que no podría negarse el hecho del pago para que la madre gestante se desprenda del hijo tras el alumbramiento o el parto.

Y, con posterioridad el mismo Protocolo en su art. 3 entiende que debe existir un compromiso por parte de los Estados Contratantes del Convenio para garantizarse la persecución de aquellos individuos, sujetos o intermediarios que favorecen la práctica del tráfico o venta de niños internacional adoptando para ello las medidas que sean necesarias para evitarse la adopción ilegal internacional que encierra esta práctica de la venta de niños.

Por lo tanto, la realización de estas prácticas en interpretación al interés superior del menor afecta al mismo dado que se está cosificando al niño ha cambio del pago de un precio y por otro lado se pone en riesgo o peligro la asunción de los deberes y obligaciones derivados de la maternidad jurídica, ya que quedarían en manos de terceros ajenos a la gestación que podrían afectar al hijo.

En atención al interés superior del menor han habido autores entre la doctrina que han propuesto que debería permitirse la disociación entre madre gestante y madre jurídica. Es el caso de O’ CALLAGHAN<sup>34</sup> y que dice lo siguiente de forma textual “*debía aplicarse el principio constitucional de protección integral del hijo ( art.39.2 de la CE) y, en consecuencia, debía considerarse madre a la que pueda más adecuada y coherentemente atender a los deberes de protección y custodia sobre el menor*”.

Sin embargo, la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación “ *in vitro*” y la Inseminación Artificial Humana en su informe MARCELO PALACIOS<sup>35</sup> entiende que debería permanecer la actual prohibición de la disociación entre la maternidad gestacional y la maternidad jurídica ya que la única atribución de la filiación es el hecho del alumbramiento o del parto. Por lo tanto, la

---

<sup>31</sup> Cit Informe del Comité de Bioética “ *Informe del Comité de Bioética sobre los aspectos éticos...*”. Bilbao, 2017, pág.30.

<sup>32</sup> Instrumento de ratificación del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativa a la venta, a la prostitución infantil y a la utilización de niños en la pornografía, hecho en Nueva York el 25 de mayo de 2000. Publicado en *BOE N°27, de 31 de enero de 2002, págs.3917 a 3921*.

<sup>33</sup> Cit Informe del Comité de Bioética “ *Informe del Comité de Bioética sobre los aspectos éticos...*”. Bilbao, 2017, pág.30.

<sup>34</sup> PÉREZ MONGE, Marina en *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 2002, pág. 328.

<sup>35</sup> Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación “ *in vitro*” y la Inseminación Artificial Humanas. Congreso de los Diputados. Gabinete de Publicaciones, Madrid, 1987.

Comisión no contempla el interés superior del menor a la hora del otorgamiento de la filiación materna sino que, sigue el criterio de la determinación de la filiación tradicional de “ *madre es la que pare*”.

En base a la anterior STS de 6 de febrero de 2013 citada, el Comité de Bioética Español en el informe ya también citado de 19 de mayo de 2017<sup>36</sup> parte de una triple apreciación o valoración de los motivos esgrimidos por la resolución judicial para la denegación de cualquier efecto derivado del contrato de maternidad subrogada en nuestro país y en consecuencia también denegar la inscripción de la filiación de los nacidos sobre la base de un acuerdo de aquellas características.

En primer lugar, el Comité parte de la situación de que la denegación de la inscripción de la filiación en el Registro Civil podría producir una afectación al interés superior del menor ya que colocaría a éste último en una situación de desprotección. Esto es así porque entendemos que si no se inscribe la filiación en el Registro Civil el hijo no podría acogerse a los derechos derivados de la filiación lo que supondría que sus necesidades básicas de cuidado y de protección se verían insatisfechas lo que llevaría a la situación de desamparo que anteriormente hemos mencionado y que en este punto hemos concretado.

En segundo lugar, si se permitiera la inscripción de la filiación derivada del contrato de maternidad subrogada supondría el reconocimiento de dos estatutos jurídicos distintos. Por un lado, los progenitores que tienen recursos económicos suficientes para marcharse al extranjero y obtener el reconocimiento de la filiación derivado de ésta técnica de reproducción humana asistidas. Y, por otra parte estarían los sujetos que no pueden marcharse al extranjero y se encuentran en la necesidad de acogerse a otra técnica de reproducción humana asistidas por no ostentar los recursos económicos suficientes para acogerse a la maternidad subrogada. Por lo tanto, la denegación de la inscripción de la filiación evitaría la creación de éstos dos estatutos jurídicos ( imposición de clases, los más ricos sobre los más pobres) y se garantiza la no vulneración del orden público español en la medida que se cumpliría con el mandato legal de prohibición del contrato de maternidad subrogada del art.10.1 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistidas.

Y en tercer lugar la denegación de la inscripción de la filiación como dice el Voto Particular de la sentencia supondría la aplicación de forma incorrecta e injustificada del orden público internacional y llevaría a la puesta en peligro del interés superior del menor. Esto es así porque, no puede emplearse la interpretación del orden público para denegar situaciones jurídicas ya constituidas lo que supondría su denegación un atentado contra el interés superior del menor en la medida que ya se le había reconocido a éste último un conjunto de derechos derivados de la inscripción de la filiación que se ven limitados o inexistentes con la ulterior denegación de la inscripción en nuestro país.

*d) Costes económicos implicados en el contrato de maternidad por subrogación.-* Como conclusión a este epígrafe de los *obstáculos a la regulación del contrato de maternidad subrogada* hacerse mención a los costes económicos que supone la realización de esta técnica a las familias que desean acogerse a la misma en los ordenamientos jurídicos extranjeros que regulan la misma como lícita.

---

<sup>36</sup> Cit Informe del Comité de Bioética Español “ *Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos..*”, Bilbao, 2017 pág 55.

En el Estado de Nueva York el contrato de maternidad subrogada conlleva una serie de gastos sanitarios que deben ser abonados por parte de los comitentes mediante el acuerdo de maternidad subrogada y que permiten estos contratos que éstos progenitores tengan el compromiso firme con la gestante de abonarlos durante todo el embarazo, parto y postparto como regula la ley neoyorkina 6037<sup>37</sup> Sección 701 a 708 que en su Sección 704 apartado 2º letra h regla los gastos generados a la madre gestante para afrontar la gestación para procederse tras el alumbramiento o el parto a la entrega del hijo a los padres comitentes.

Y finalmente por poner otro ejemplo en el Estado de Illinois también deben afrontarse por parte de los padres comitentes una serie de gastos económicos derivados del contrato de maternidad subrogada como es el pago de una indemnización a favor de la madre gestante a cambio de la gestación regulada tal obligación en la Ley del Estado anteriormente mencionado, Ley C- 750 ILCS 47/1<sup>38</sup> que en su apartado 47/25 establece dicha obligación de los comitentes de abonarse la indemnización correspondiente a cambio de la gestación.

Por lo tanto, todo procedimiento del contrato de maternidad subrogada conlleva una serie de gastos que deben ser abonados por los comitentes suponiendo otro obstáculo añadido a las parejas que desean ser padres por comisión, en la medida que deben contar además con el añadido de abonar los costes económicos para la formalización, ejecución y cumplimiento efectivo del contrato de maternidad subrogada.

### III.-ANÁLISIS DEL CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA

A continuación procederemos al estudio del contrato de maternidad subrogada exponiendo y siendo más o menos exhaustivos en cuanto al análisis de su objeto, causa, consentimiento con mención también de la formalización del acuerdo de maternidad subrogada. Con ocasión del estudio del negocio jurídico anteriormente mencionado haremos una comparativa de sus requisitos entre la Proposición de Ley 122/000117, presentada en las Cortes Generales el pasado año 2017, analizando la misma mediante su comparación con la ley portuguesa de Gestación Subrogada, Ley 25/2016 y con la legislación de Nueva York<sup>39</sup>.

La Exposición de Motivos de la Proposición de Ley comienza alegando los motivos que justifican la aprobación legal de la maternidad subrogada ante las Cortes Generales y el argumento que nos llama especialmente la atención es el relativo a que existe cada vez una mayor demanda acerca de estas técnicas de reproducción humana asistidas en nuestro país, el argumento es pues sociológico. Y efectivamente, son cada vez más las familias que desean acogerse a esta técnica ya sea porque presentan algún tipo de enfermedad, anomalía o deficiencia física que les impiden la procreación o bien porque se trata de parejas del mismo sexo que no puedan concebir entre ellas y necesiten de la gestación de una mujer o bien que se trate de individuos solteros que desean acogerse a éste métodos de reproducción asistida que nuestro legislador español actualmente prohíbe en cuanto a la

<sup>37</sup> Cit Ley sobre la maternidad subrogada del Estado de Nueva York publicada de forma oficial en la siguiente página web del Gobierno <http://lawfilesexxt.leg.wa.gov/biennium/2017-18/Pdf/Bills/Senate%20Bills/6037.pdf#page=1>.

<sup>38</sup> Ley sobre la maternidad subrogada del Estado de Illinois publicada de forma oficial en la página web del Gobierno <http://lawfilesexxt.leg.wa.gov/biennium/2017-18/Pdf/Bills/Senate%20Bills/6037.pdf#page=1>.

<sup>39</sup> Cit Ley de Nueva York sobre la maternidad por sustitución publicada en <http://lawfilesexxt.leg.wa.gov/biennium/2017-18/Pdf/Bills/Senate%20Bills/6037.pdf#page=1>.

maternidad subrogada. Lo dicho anteriormente encuentra su justificación literal en la Exposición de Motivos de la mencionada Proposición de Ley del 8 de septiembre de 2017 en los Fundamentos I y II que dicen lo siguiente respectivamente de forma textual, “ *Los ciudadanos del nuevo milenio han enriquecido las formas de expresión de su libertad, fruto de la diversidad de las concepciones de la vida, la ideología, los objetivos y los intereses personales. Las instituciones deben servir de cauce adecuado a la riqueza de la libertad. Las leyes no pueden cerrar los ojos a esta reclamación. La familia participa de esta evolución de la libertad, del enriquecimiento de la personalidad y de la multiplicidad de las maneras de entender la vida personal y social. La evolución del modelo de familia ha ido pareja con el avance científico aplicado a la planificación familiar y a las técnicas de reproducción que, especialmente a partir de las últimas décadas del siglo pasado, dieron solución a los problemas de esterilidad en la pareja y, posteriormente, extender su ámbito de actuación a la prevención de la aparición de enfermedades.*

*II En determinadas ocasiones, los derechos reproductivos, que buscan proteger la libertad y la autonomía de las personas para darles capacidad reproductiva, sin discriminación por género, edad o raza, no se ven plenamente garantizados en aquellas personas o parejas que o han agotado o son incompatibles con las técnicas de reproducción humana asistida. La Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (en lo sucesivo, «LTRHA»), excluye de su ámbito de regulación la gestación subrogada, al considerar nulo cualquier contrato que suponga la renuncia por parte de una mujer a la filiación materna. La Ley se acoge así al principio del derecho romano mater semper certa est y dispone que la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”.*

#### *A) ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL CONTRATO.*

Comenzaremos recordando la prohibición legal del contrato de maternidad subrogada en el art.10.1 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistidas<sup>40</sup>, en la medida que a la hora de establecerse la prohibición realiza una definición del contrato prohibido. Dice el art.10.1 de la ley anteriormente mencionada lo siguiente, “*Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero*”. Así pues, por un lado, tenemos a la madre gestante y por otro el comitente, que actúa para sí o en favor de un tercero. Estos padres comitentes o de intención son quienes encargan la gestación a la madre gestante a cambio del pago de una remuneración o precio o sin ella.

Nos servirá a la hora del análisis de los distintos elementos subjetivos ya identificados la Propuesta de Ley del contrato de maternidad subrogada presentada antes las Cortes Generales el 8 de septiembre de 2017<sup>41</sup>.

Debe advertirse por otra parte que la Proposición de Ley del acuerdo de gestación subrogada<sup>42</sup> en España no recoge la intervención de terceros intermediarios en el acuerdo, ya que a la hora de referirse a los *sujetos intervinientes del contrato* solamente menciona los requisitos de la mujer gestante y los requisitos de los progenitores comitentes en los arts. 7.1 y 8 respectivamente del contrato de maternidad subrogada. No obstante, tales terceros que son las agencias intermediarias son en muchas ocasiones sujetos activos en la formación de acuerdos de maternidad subrogada. Pensemos en las famosas agencias en los EEUU que ofertan este tipo de técnicas de

<sup>40</sup> Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistidas, Ley 14/2006, publicada en el BOE, núm.126, de 27/05/2006.

<sup>41</sup> Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación, presentada por el Grupo Parlamentario de Ciudadanos. Publicada en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, núm 145-1.

<sup>42</sup> Cit Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación. Presentada por el Grupo Parlamentario de Ciudadanos. Publicada en el Boletín Oficial de las Cortes Generales,...

reproducción humana asistidas prestando asesoramiento legal. Sobre las agencias intermediarias tendremos la ocasión de tratarlas cuando profundicemos en el epígrafe dedicado al efecto.

1) *La madre gestante.- Según el Art. 7.1 de la Proposición de Ley, la mujer gestante por subrogación deberá cumplir los siguientes requisitos*

” a) *Ser mayor de 25 y menor de la edad que reglamentariamente se fije en función de las condiciones psicofísicas que se consideren adecuadas para la gestación con éxito.*

b) *Plena capacidad jurídica y de obrar.*

c) *Tener buen estado de salud psicofísica, conforme a lo dispuesto en el artículo 5.6 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, respecto de las exigencias fijadas a los donantes.*

d) *Tener buen estado de salud mental y, en particular, no haber sufrido episodios de depresión o desórdenes psíquicos.*

e) *Haber gestado, al menos, un hijo sano con anterioridad.*

f) *Disponer de una situación socio-económica, así como familiar, adecuadas para afrontar la gestación en condiciones óptimas de salud, bienestar y seguridad.*

g) *Poseer la nacionalidad española o residencia legal en España.*

h) *No tener antecedentes penales.*

i) *No tener antecedentes de abuso de drogas o alcohol.*

j) *No haber sido mujer gestante por subrogación en más de una ocasión con anterioridad”.*

La edad de la madre gestante.-La madre gestante debe ser mayor de 25 años en la medida que trata de fijarse una edad que resulte adecuada para llevarse a cabo este tipo de prácticas de la maternidad subrogada de tal manera que la madre gestante esté preparada tanto físicamente como mentalmente para afrontar esta técnica que supone el desprendimiento del hijo tras el alumbramiento o el parto. Por ello, el mismo art.7.1 apartado a de la Proposición de Ley nos dice que se fije la edad que se considere adecuada en función de las condiciones psicofísicas para que la gestación se lleve con éxito que en cualquier caso no podría ser inferior a 25 años. Dice el mismo art.7.1 de forma literal lo siguiente a mayor abundamiento “ *Ser mayor de 25 y menor de la edad que reglamentariamente se fije en función de las condiciones psicofísicas que se consideren adecuadas para la gestación con éxito*”. El paralelismo de este supuesto con los requisitos que a los adoptantes exige el Código civil es significativo.

El requisito de la edad mínima para el acceso a la maternidad subrogada también se encuentra tipificado en la Ley 6037<sup>43</sup> de la gestación subrogada del Estado de Nueva York fijando la edad mínima en 21 años para la gestante y 21 años también para los padres comitentes respectivamente, tal y como nos dice el art. 702 de la Ley 6037.

El art.8.2 apartado b de la Proposición de Ley de la gestación subrogada para España también se refiere al requisito mínimo de la edad en relación con los progenitores comitentes fijando en 25 años la edad mínima y como máximo 45 años.

---

<sup>43</sup> Cit Ley de Gestación Subrogada, Ley 6037 del Estado de Nueva York publicada oficialmente en la página web del gobierno federal en <http://lawfilesexternal.wa.gov/biennium/2017-18/Pdf/Bills/Senate%20Bills/6037.pdf#page=1>.

Mientras que Portugal en su ley de Gestación Subrogada no regula el requisito de la edad mínima para el acceso a la maternidad subrogada.

Capacidad de la madre gestante.-El siguiente punto según el art.7.1 de la Proposición de Ley es que la mujer gestante debe ostentar plena capacidad jurídica y de obrar. No resulta redundante este requisito, ya que cumpliendo con el requisito de la edad mínima en potencia la madre gestante ya tendría plena capacidad de obrar así como plena capacidad jurídica al ser titular de los derechos derivados de la maternidad subrogada. Se exige pues la constatación para el caso concreto de la capacidad de la madre dada la trascendencia de los efectos contractuales que se asumen por la misma.

Tener un buen estado de salud mental y psicofísica.- Con este requisito se trata de que la madre gestante pueda llevar a cabo la gestación sin desórdenes mentales o físicos que le impidan poder comprender de una forma absoluta la trascendencia de esta práctica de maternidad subrogada. Pensemos nuevamente en el apartado referido al *Hipotético derecho a la reproducción o procreación*<sup>44</sup> donde tuvimos la ocasión de estudiar junto al derecho a la reproducción la posibilidad de esterilización de un incapaz, dado que es una persona que no comprende la trascendencia del acto sexual y menos aún las consecuencias derivadas de la maternidad o paternidad<sup>45</sup>, por ello, tal y como establecía el TC en la sentencia ya citada anteriormente al respecto<sup>45</sup> se decía que efectivamente lo mejor era acordar su esterilización para garantizar el interés del incapaz en el desarrollo de su personalidad y de su libertad sexual sin que queden afectadas su libertad de acción y sin que resulten afectados los intereses de la eventual descendencia por imposibilidad de asumir los deberes inherentes a dicha paternidad. Lo dicho anteriormente nos ayudaría a comprender o entender mejor el requisito del buen estado de salud mental y físico de la gestante ya que con dicha salud se garantiza el buen término de la gestación subrogada y con ello la correcta entrega del hijo tras el alumbramiento o el parto a los padres comitentes o de intención.

La madre gestante debe haber gestado un hijo sano con anterioridad. Con dicho requisito trata de evitarse las probabilidades derivadas de las malformaciones o enfermedades que puedan presentarse en el hijo alumbrado en virtud del acuerdo de maternidad subrogada, ya que si ha tenido un hijo previo sano las posibilidades de engendrar otro sano son mayores. Además de que, trata de garantizarse que se evite el rechazo que podría producirse por parte de los padres comitentes del hijo alumbrado cuando presente malformaciones o enfermedades en la medida que sería un riesgo tal rechazo frente al interés superior del menor puesto que el hijo tiene que tener una familia que lo atienda y lo proteja y tal repudio lo colocaría en situación de riesgo o desamparo como ya hemos dicho con anterioridad en este estudio del contrato de maternidad subrogada<sup>46</sup>.

La madre gestante debe ostentar una buena situación socio-económica. Es decir, tiene que tener una vida económica estable. El supuesto encierra el motivo de que trata de evitarse la circunstancia en la que la madre gestante ofrece su gestación a la familia comitente por necesidad con el fin de obtener recursos económicos que le permitan poder salir de su situación de pobreza lo que nos llevaría a la instrumentalización de la mujer y, a las situaciones de abuso por parte de la familia comitente frente a la gestante más pobre. Para la justificación de lo dicho anteriormente sobre las situaciones de abuso o instrumentalización del cuerpo de la gestante nos remitimos a lo dicho con anterioridad en el epígrafe relativo a los *obstáculos del contrato de maternidad subrogada*<sup>47</sup>.

<sup>44</sup> Cit IGAREDA GONZÁLEZ, Noelia “*El hipotético derecho...*”. Departamento de Ciencia Política y Derecho Público. Universidad Autónoma de Barcelona. Artículo de Derecho. Barcelona, 2011, pág. 270.

<sup>45</sup> Cit Tribunal Constitucional ( Pleno). Sentencia núm.215/1994 de 14 de julio

<sup>46</sup> Cit STEDH ( Sección 1ª) Caso S.H contra AUSTRIA. Sentencia de 1 de abril de 2010. TEDH 2010/56.

<sup>47</sup> Cit Informe del Comité de Bioética de España “ *Informe del Comité de Bioética sobre los aspectos éticos y jurídicos*

Por otra parte, y en la misma línea de evitarse las situaciones de abuso económico por parte de los comitentes se declara por la Ley de Gestación Subrogada en Portugal<sup>48</sup> lo siguiente en el art.8.6º de forma literal “ *no está permitida la celebración de acuerdos de maternidad subrogada cuando exista una relación de subordinación económica, principalmente de naturaleza laboral o de prestación de servicios, entre las partes involucradas*”. El motivo de tal prohibición de subordinación parte como motivo de fondo de lo dicho en el párrafo anterior.

Además la gestante debe poseer la nacionalidad española o tener residencia legal en España. Es el requisito normal de la territorialidad, tal vinculación de la gestante con el territorio español se hace necesaria para la correcta aplicación de los derechos, deberes y consecuencias derivadas del contrato de maternidad subrogada precisamente para evitar que la madre gestante pueda eludir en fraude de ley las consecuencias derivadas del acuerdo de maternidad subrogada. Tal requisito tiene estrecha vinculación con el supuesto establecido en la Proposición de Ley acerca de la inscripción del acuerdo de maternidad subrogada en el *Registro Nacional de Gestación por Subrogación* al que se refiere el art.15.1 de la Propuesta de Ley anteriormente mencionada<sup>49</sup>. Por lo tanto, si no se fija la vinculación por ley de la gestante con el territorio español, difícilmente va a poder acceder dicho contrato al Registro anteriormente mencionado porque en el mismo solamente se podrán inscribir los contratos de maternidad subrogada que se formalizarán en España y es en España donde el acuerdo se va a llevar a cabo.

El requisito de la territorialidad también aparece en la Ley de Gestación Subrogada del Estado de Nueva York, ley 6037<sup>50</sup> que declara en su art.703 que “ *al menos una de las partes debe ser residente en el Estado de Nueva York*”.

El siguiente requisito que debe reunirse en la gestante según el art.7.1 de la Proposición de Ley de gestación subrogada es que, la madre gestante no puede tener antecedentes penales. Dicho requisito de carecer de antecedentes penales tiene su base en el principio rector de la *protección integral de los hijos* regulado en el art.2 de la Proposición de Ley ya mencionada<sup>51</sup>, en la medida que se trata de proteger y garantizar el cuidado y protección de los hijos nacidos. Por lo tanto la carencia de antecedentes penales ayuda a la protección del interés superior menor, puesto que una familia donde la gestante carezca de antecedentes penales permite el cumplimiento de que el hijo se vea protegido y goce de una protección integral dando cumplimiento al art.2 de la Proposición de Ley desarrollándose así en un ámbito exento de criminalidad.

Según el apartado i de ese mismo artículo 7.1 de la Proposición de Ley, la madre gestante no debe tener antecedentes de abuso de drogas o de alcohol. Este requisito está relacionado con la buena salud psíquica y física de la misma ya citado anteriormente y lo que persigue es que la madre gestante disfrute de una buena salud durante la gestación para garantizarse a su vez la entrega a los comitentes de un hijo saludable.

Y, finalmente en cuanto a los requisitos que deben reunirse en la madre gestante se encuentra el referido a que, la mujer gestante por subrogación no debe de haberlo sido con anterioridad. Se

---

*de la maternidad subrogada*”. Bilbao, 2017, pág 26.

<sup>48</sup> Cit Ley de Gestación Subrogada, Ley 25/2016 de 22 de agosto, publicada de forma oficial en la siguiente página web donde se puede consultar <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/75177806/details/maximized>.

<sup>49</sup> Cit Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación. Presentada por el Grupo Parlamentario de Ciudadanos. Publicada en el Boletín Oficial de las Cortes Generales,...

<sup>50</sup> Cit Ley de Gestación Subrogada, Ley 6037 del Estado de Nueva York publicada oficialmente en la página web del gobierno federal en <http://lawfilesexxt.leg.wa.gov/biennium/2017-18/Pdf/Bills/Senate%20Bills/6037.pdf#page=1>

<sup>51</sup> Cit Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación. Presentada por el Grupo Parlamentario de Ciudadanos. Publicada en el Boletín Oficial de las Cortes Generales,...

garantiza con el mismo que la excesiva instrumentalización o el abuso sobre su cuerpo se ponga de manifiesto para evitarse la cosificación del cuerpo de la mujer y sobretodo para ponerse de manifiesto el derecho a la libertad de autodeterminación del cuerpo de la gestante que estudiamos conjuntamente con el *derecho a la reproducción de la mujer*<sup>52</sup> donde observamos que la mujer debe ser libre para decidir sobre su cuerpo poniéndose en peligro tal decisión cuando se le impone por parte de los terceros o del Estado así la libertad de elección de la mujer de ser madre quedaría correctamente garantizada si éstas situaciones de imposición por parte de los terceros sobre el cuerpo de la mujer se evitan.

## 2) Los padres comitentes

A continuación procederemos al estudio de los requisitos que deben reunirse por parte de los progenitores comitentes y cerraremos el estudio del objeto del contrato de maternidad subrogada haciendo alusión al efecto principal del contrato que es la renuncia de la filiación de forma expresa por parte de la madre gestante a favor de los padres comitentes.

Pues bien, los progenitores comitentes deben reunir los requisitos que enuncia el art.8.2 de la Propuesta de Ley de regulación de la gestación subrogada que dice lo siguiente textualmente, “

El progenitor subrogante deberá cumplir los siguientes requisitos:

a) *Plena capacidad jurídica y de obrar.*

b) *Ser mayor de 25 años y menor de 45 años.*

c) *Tener la nacionalidad española o residencia legal en España.*

d) *Acreditar que cuenta con la capacidad, aptitud y motivación adecuadas para ejercer la responsabilidad parental asociada a la familia que pretende constituir”.*

En cuanto a los requisitos aludidos anteriormente antes de entrar en el análisis de los mismos debemos hacer alusión a la afirmación del primer apartado del art.8 de la Propuesta de Ley<sup>53</sup> que nos dice que, efectivamente, los progenitores comitentes solamente pueden acudir a la maternidad subrogada como técnica alternativa al resto de técnicas de procreación humana asistidas. Lo anterior es así porque se trata de que los progenitores comitentes acudan a la maternidad subrogada solamente cuando el resto de técnicas anteriores hayan fracasado y la única alternativa sea la maternidad subrogada ya que si se permitiría el acceso a la misma de forma indiferenciada, es decir, de forma tal que pudiendo acudir a otra técnica siempre se opta por la maternidad subrogada se incurriría así en una situación de abuso o de explotación del cuerpo de la mujer gestante y son esas situaciones de abuso las que tratan de evitarse.

Además de que se trata de que se acuda a la maternidad subrogada solamente en caso de que los progenitores comitentes tengan algún tipo de enfermedad en el aparato reproductor, lesiones en el mismo o que la mujer carezca de útero directamente siendo supuestos en los que se entiende que la maternidad subrogada debe entrar en juego para permitirse el deseo de los padres comitentes de llegar a ser padres. Lo anteriormente dicho tiene su fundamento en el art. 4.2 de la Propuesta de Ley anteriormente referenciada que dice lo siguiente textualmente, “*el progenitor o progenitores subrogantes deberán haber agotado o ser incompatibles con las técnicas de reproducción humana*

<sup>52</sup> Cit GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda en “*El hipotético derecho a la reproducción*”. Departamento de Ciencia Política y Derecho Público. Universidad Autónoma de Barcelona. Artículo de Derecho. Barcelona, 2011, págs 262 y 263.

<sup>53</sup> Cit Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación. Presentada por el Grupo Parlamentario de Ciudadanos. Publicada en el Boletín Oficial de las Cortes Generales,...

*asistida*”. Y también se encontraría su fundamentación por parte de la doctrina, por ejemplo, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS<sup>54</sup> que nos dice lo siguiente “*debería haberse regulado por el legislador la maternidad por sustitución porque la determinación de la filiación materna solamente a favor de la madre gestante no responde al deseo de otras madres de llegar a tener un hijo por carecer de útero o presentar deficiencias genéticas que impidan poder ser madres de forma natural y la maternidad por sustitución podría contribuir a dicho fin*”.

Una vez hecha la anterior aclaración procederemos a continuación a comentar los requisitos que deben reunirse por los progenitores comitentes regulados en el art.8.2 de la Proposición de Ley.

En primer lugar deben contar con una plena capacidad jurídica y de obrar. Porque se trata de que los padres comitentes tengan legitimación para el ejercicio de los derechos que la Propuesta de Ley de gestación subrogada trata de regular y, por otro lado, los progenitores comitentes deben estar en condiciones de ejercitar tales derechos sin que, ninguna incapacidad impida su ejercicio ante la autoridad competente. Pensemos en este punto como justificación a lo dicho en este párrafo en el incapaz que no puede asumir los deberes inherentes a la maternidad y a la paternidad, su condición no le permitiría el acceso a los derechos regulados en la Propuesta de Ley dada su limitada capacidad de querer y entender, por ello, es necesario que la capacidad jurídica y de obrar sean plenas para evitarse estas situaciones de incapacidad que impidan afrontar los deberes y obligaciones paterno y materno filiales. Nos remitimos al apartado del *hipotético derecho a la reproducción* para entender mejor lo que acabamos de decir.

Deben tener los progenitores comitentes una edad mínima de 25 años y un máximo de 45 años. El mínimo de 25 años tiene relación con lo dicho con respecto a la madre gestante acerca de la madurez psicofísica de los progenitores, dado que, la asunción de la paternidad y maternidad por los comitentes supone también una cierta responsabilidad y esa responsabilidad requiere de madurez. Por lo tanto, hacemos alusión en este punto a lo dicho anteriormente con respecto a la gestante y a ello nos remitimos en este punto. Y, en cuanto a la edad máxima de 45 años tiene que ver con la razón de que se trata de que los padres comitentes no sean demasiado mayores para que el hijo pueda insertarse en una familia joven y que la maternidad o paternidad puede ser asumida de forma que no suponga una gran carga para los progenitores ya que a medida que aumenta la edad la capacidad psicofísica puede ser menor y esto puede afectar a los cuidados y atenciones del menor. Así que, el argumento dado para la edad mínima de 25 años sería el mismo que para la edad máxima de 45 años para los progenitores comitentes.

Un ejemplo claro de edad mínima también para los progenitores comitentes lo encontramos en la Ley 6037 de Nueva York<sup>55</sup> que en su art. 702 impone la edad de 21 años para los padres comitentes en el momento de la celebración del contrato de gestación subrogada.

Y, por último deben ostentar la nacionalidad española o tener residencia en España para garantizarse la vinculación de los progenitores a la ley española, y evitarse con ello el fraude de leyes. Es decir, que los progenitores puedan acogerse a otra legislación más favorable a la española con expresa burla de los deberes y obligaciones inherentes a la legislación española que deben cumplir. Precisamente con la inscripción de los contratos de maternidad subrogada en España en el Registro de Maternidad Subrogada regulado en el art.15.1 de la Propuesta de Ley<sup>56</sup> ya reiterado a

<sup>54</sup>PÉREZ MONGE, Marina . *La filiación derivada de técnicas de reproducción humana asistidas*. Centro de Estudios Registrales. Madrid, 2002, pág. 324.

<sup>55</sup> Cit Ley de Gestación Subrogada, Ley 6037 del Estado de Nueva York publicada oficialmente en la página web del gobierno federal en <http://lawfilesexxt.leg.wa.gov/biennium/2017-18/Pdf/Bills/Senate%20Bills/6037.pdf#page=1>

<sup>56</sup> Cit Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación. Presentada por el Grupo..

lo largo del texto permite hacer el control de los contratos celebrados en España sobre esta maternidad de gestación subrogada y así evitarse el fraude de ley ya dicho con anterioridad.

### 3) *Las entidades intermediarias*

La intervención de los terceros intermediarios no está permitida en todos los ordenamientos jurídicos que actualmente regulan la maternidad subrogada como vía alternativa a la reproducción humana asistida. A título de ejemplo Portugal, en su Ley de Gestación Subrogada, Ley 25/2016<sup>4</sup> declara la prohibición expresa de los terceros intervinientes en estos procesos de procreación humana asistida sancionando con pena de prisión dicha conducta, art.34.5º.

Pese a la prohibición anterior lo cierto es que hay ordenamientos jurídicos en los que sin regular directamente la intervención de las agencias intermediarias deja la puerta abierta a su ejercicio en la práctica, un ejemplo claro es la Ley de Nueva York, Ley 6037<sup>2</sup> sobre gestación subrogada que permitiría el acceso a las agencias cuando éstas presten un servicio de asesoramiento jurídico o legal para una mejor comprensión de los derechos y deberes que asisten a cada una de las partes intervinientes en este tipo de contrato de maternidad subrogada, así el art.704 dispone que “*La madre gestante debe entender y comprender cada una de las condiciones del acuerdo de maternidad por sustitución entendiéndolo que, renuncia a todos los derechos derivados de la maternidad*”.

Las agencias intermediarias también tendrían su ejercicio profesional relacionado con esta técnica de reproducción humana asistida en el Estado de California dado que allí también es necesario que las partes del contrato de maternidad subrogada reciban el asesoramiento legal previo para un mejor entendimiento o comprensión de los derechos y deberes de cada una de las partes del contrato. Véase La Ley de California Uniform Parentage Act<sup>57</sup> que requiere como requisito en su apartado primero que “*los padres reciban el asesoramiento legal previo por separado*”.

El riesgo derivado de la intervención de estas agencias y que puede motivar las reservas del legislador a favor de su prohibición es que las agencias intermediarias persigan exclusiva o primordialmente el lucro al prestar este tipo de asesoramientos legales o profesionales llegando a forzar la formalización de los contratos con afán lucrativo. Si las agencias se lucran ello iría claramente en contra de la prohibición del ánimo de lucro que con carácter casi unánime las legislaciones en materia de maternidad subrogada erigen en principio rector de su regulación. Además, la mercantilización, implicaría el riesgo inherente de tratarse como cosa tanto el cuerpo de la gestante como al niño concebido mediante estas técnicas, riesgo que ya se expuso anteriormente en el apartado referido a *los obstáculos a la regulación del contrato de maternidad subrogada*.

Existiría también el peligro desde el derecho internacional privado de que el resultado de estas prácticas en las que intervienen terceros intermediarios pudieran quedar comprendidas en el ámbito de aplicación de la declaración internacional de adopción ilegal internacional o de venta de niños, el Convenio sobre los Derechos del Niño y el Protocolo Facultativo contra la venta de niños, prostitución infantil y pornografía infantil.

---

<sup>57</sup> Ley de Gestación Subrogada de California publicada de forma oficial en <https://www.iflg.net/california-surrogacy-law-to-takeeffect-jan-1/>.

Por otra parte, y en favor de la intervención de estas agencias o intermediarios se podría señalar que -- puesto que no es ajena a la realidad social el hecho de que muchas familias en nuestro país que desean ser padres por comisión mediante la maternidad subrogada acudan a estas otras legislaciones que sí regulan el contrato de maternidad subrogada al que dan cobertura legal--, dadas las dificultades derivadas del desconocimiento por los comitentes de dichas legislaciones extranjeras, y de los complicados y farragosos requisitos y formalidades necesarios para la celebración del acuerdo y su reconocimiento, estas agencias intermediarias resultan imprescindibles para que sean ellas las que presten el asesoramiento tanto a la madre gestante como a los padres comitentes de las potenciales consecuencias derivadas del cumplimiento o del incumplimiento del acuerdo de maternidad subrogada así como, de los deberes y de las obligaciones del contrato. Tales servicios que prestan estas agencias tienden a cubrir todas las coberturas o requisitos legales de la legislación del Estado en el que se encuentran<sup>58</sup>. Desde el punto de vista jurídico la prestación de los servicios de maternidad subrogada por las agencias intermediarias tiene sus ventajas ya que cuentan con todos los medios materiales para la correcta formalización de estos acuerdos y su posterior ejecución en la práctica, lo que facilita la homologación judicial de dichos acuerdos cuando ésta sea necesaria, lo que redundaría a su vez en que el acuerdo despliegue la eficacia pretendida en orden, especialmente, a la atribución de la filiación<sup>59</sup>.

Por ello, y pese a esos riesgos que hemos visto derivados de la intervención de terceros profesionales en la conclusión de los acuerdos creemos que debería regularse dicha intervención de las agencias intermediarias, si bien adoptando las precauciones necesarias para minimizar aquellos riesgos sin prescindir de todas esas ventajas que de dicha intervención pueden derivarse. Y lo anterior resulta posible dado que los gastos profesionales o de cualquier tipo de servicio que prestan estas agencias podría calificarse como gasto inherente a la maternidad subrogada y en la medida que no exceda del precio del coste de los servicios no podría hablarse de lucro puesto que no habría un enriquecimiento de las agencias más allá de los costes derivados de los procedimientos de maternidad subrogada que marquen sus respectivas legislaciones. Lo anteriormente dicho se podría realizar si se tiene en cuenta por ejemplo la cláusula legal del Estado de Illinois que en su Ley C-750 ILCS <sup>9</sup> art.47/25 in fine habla de *compensación económica* para referirse a los gastos profesionales, sanitarios y cualquier otro sin límites para cubrirse los costes de los procedimientos de maternidad subrogada. Por lo tanto, si se considera a la actividad de las agencias intermediarias como costes vinculados a los procedimientos de gestación subrogada no se incurre en lucro porque todo el dinero iría destinado a cubrir los procedimientos y no irían destinados a la obtención de beneficios por parte de las agencias.

Por lo tanto y a nuestro juicio sin la presencia de dichas agencias intermediarias sería muchas veces imposible que las partes intervinientes del contrato puedan llegar a encontrarse para la formalización del

---

<sup>58</sup> Véase a modo de ejemplo la página web de agencias norteamericanas que ofertan entre sus servicios, jurídicos, económicos y sociales, los servicios relativos a la maternidad subrogada. En San Diego (Estados Unidos) encontramos agencias tales como” *Agency for Surrogacy Solutions, Inc, Building Families, Inc, California Surrogacy Center, Center for Surrogate Parenting, Inc, Circle Surrogacy, etc*”

<sup>59</sup> Por ejemplo, en California (por continuar con el ejemplo anteriormente dado de las agencias en la ciudad de San Diego) permitirían desde nuestra opinión que las partes pudieran actuar adecuadamente y en conciencia cuando se enfrenten a los deberes y obligaciones derivados del acuerdo de maternidad subrogada, puesto que si bien el acuerdo debe ser homologado judicialmente ante la Corte Suprema de California según la regulación legal de la citada Uniform Parentage Act, la correcta formalización del contrato por las partes intervinientes supondría que la resolución judicial que homologue el acuerdo daría acceso a los progenitores como padres comitentes al reconocerse en virtud del acuerdo la filiación a favor de los mismos con expresa renuncia de la filiación por la gestante a favor de los comitentes <sup>7</sup>, renuncia que desde nuestro entendimiento no podría haberse realizado conscientemente y libremente por la gestante si no se la hubiera asesorado por la agencia intermediaria sobre los derechos, deberes y obligaciones de estos acuerdos de maternidad subrogada bajo el amparo legal de la legislación vigente en materia de gestación subrogada en California.

acuerdo de maternidad subrogada, ya que el encuentro entre ellas sería el nexo necesario de unión para que el contrato llegue a buen término e incluso que pueda ejecutarse con todas las garantías de la ley.

## B) EL PRECIO O LA AUSENCIA DE ÉSTE COMO REQUISITO DEL CONTRATO.

El precio, ha sido siempre una cuestión a tratar con ocasión del estudio del objeto del contrato de maternidad subrogada y son muchos los ordenamientos jurídicos que prohíben que la gestación subrogada se realice a cambio de un precio es el supuesto de Portugal que en su Ley de Gestación Subrogada, Ley 25/2016<sup>60</sup> que en su artículo 8 apartado segundo dice lo siguiente de forma textual que *”La celebración de acuerdos jurídicos de gestación por sustitución solamente es posible a título excepcional y con naturaleza gratuita,...”*.

Por lo tanto, la celebración de estos acuerdos de maternidad subrogada se permiten siempre y cuando, no medie precio a cambio de la gestación de la mujer, dado que se derivaría en cosificación del cuerpo de la mujer y es lo que trata de evitarse también desde la Propuesta de Ley de la gestación subrogada presentada en nuestro país que en el art.5.1 dice lo siguiente literalmente, *“ La gestación por subrogación no tendrá carácter lucrativo o comercial, sin perjuicio de la compensación resarcitoria que podrá percibir la mujer gestante”*.

En esta misma línea de la gratuidad se pronuncia la Ley 6037 de Nueva York sobre la maternidad subrogada<sup>61</sup> que en su artículo 704.2º dice lo siguiente relativo al pago de una compensación por parte de los comitentes para garantizarse que se cubren los gastos de estos procedimientos de maternidad subrogada *“ un pago razonable para la atención de los gastos generados a la madre gestante para afrontar la gestación del hijo que va a ser alumbrado y posteriormente entregado a los padres comitentes”*.

Por lo tanto, son muchas las legislaciones las que recurren a la maternidad por subrogación altruista pero son conscientes de que todo procedimiento de maternidad subrogada conlleva una serie de gastos médicos, profesionales, o cualquier otro coste que debe ser cubierto por parte de alguna de las partes del contrato y como en nuestro supuesto son los progenitores comitentes los interesados en que estos procedimientos se lleven a cabo y lleguen a buen término deben ser los que abonen los gastos económicos de los mismos para sufragar los costes económicos que representa la maternidad subrogada en la práctica. El matiz o punto de inflexión para garantizarse que la maternidad subrogada se lleva a cabo de forma altruista es que la madre gestante en ningún momento pueda beneficiarse de dicha maternidad puesto que lo haría con fines lucrativos y no con solidaridad o altruismo ya que la base del contrato es que la madre gestante aporte su gestación de forma altruista sin beneficiarse económicamente de estas prácticas.

Por ello, el art.5.2 de la Propuesta de Ley presentada el 8 de septiembre de 2017<sup>62</sup> ante las Cortes Generales enumera de forma exhaustiva los supuestos en los que podría mediar un pago, pero solamente a los efectos resarcitorios para compensar los gastos derivados de la maternidad subrogada. El art.5.2 de la citada propuesta dice lo siguiente con la literalidad subsiguiente “

<sup>60</sup> Ley de Gestación Subrogada, Ley 25/2016 de 22 de agosto, publicada de forma oficial en la siguiente página web donde se puede consultar <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/75177806/details/maximized>.

<sup>61</sup> Cit Ley de Gestación Subrogada, Ley 6037 del Estado de Nueva York publicada oficialmente en la página web del gobierno federal en <http://lawfilesexxt.leg.wa.gov/biennium/2017-18/Pdf/Bills/Senate%20Bills/6037.pdf#page=1>.

<sup>62</sup> Cit Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación. Presentada por el Grupo Parlamentario de Ciudadanos. Publicada en el Boletín Oficial de las Cortes Generales,...

a) Cubrir los gastos estrictamente derivados de las molestias físicas, los de desplazamiento y los laborales, y el lucro cesante inherentes a la gestación, y b) proporcionar a la mujer gestante las condiciones idóneas durante los estudios y tratamiento pregestacional, la gestación y el post-parto”.

De este modo, en la Propuesta de Ley se trata de concretar los supuestos en los que puede intervenir la realización de un pago y son los supuestos normales de los gastos inherentes a la maternidad, como son los costes laborales, médicos y asistenciales de cualquier tipo que estén íntimamente ligados con los procedimientos de maternidad subrogada.

En la regulación legal portuguesa también existe una disposición parecida a la contemplada en la Proposición de Ley anteriormente citada y se encuentra regulado tal requisito de la compensación de los costes económicos en el art.8.5º de la Ley de Gestación Subrogada, Ley 25/2016 de 22 de agosto<sup>63</sup> que dice lo siguiente, “ *está prohibido cualquier tipo de pago o la donación de cualquier bien o cuantía de los beneficiarios a la gestante por sustitución por la gestación del bebé, excepto el valor correspondiente a los gastos derivados de los seguimientos sanitarios efectivamente prestados, incluyendo en transportes, siempre que estén debidamente justificados con documentos propios*”. Así que, el legislador portugués también persigue con la regulación de los gastos de la maternidad subrogada que la mujer gestante no se beneficie de la maternidad subrogada aportando su gestación, y la mejor forma de hacerlo es que no perciba remuneraciones superiores a dichos gastos para evitarse el lucro y conseguirse el fin del altruismo y de solidaridad propio de éste tipo de prácticas de reproducción humana asistidas.

También con la prohibición del lucro de éste tipo de contratos se persigue la finalidad de evitar la cosificación del cuerpo de la mujer esa alienación que se produciría de su cuerpo en caso de que ofrezca su gestación a cambio de un precio convirtiéndola en cosa y no en alguien siendo ese trato como cosa el que trata de evitarse a toda costa.

Pese al intento del legislativo, portugués, neoyorkino, o cualquier otro de tratarse de evitar el fin lucrativo y con ello la explotación o la cosificación del cuerpo de la mujer resulta en la práctica imposible de erradicar a pesar de la prohibición legal del lucro, en la medida que en la realidad se realizan estas técnicas en determinados sectores mediante el empleo de agencias intermediarias o de terceros que facilitan de alguna manera que las partes del contrato ( mujer gestante y padres comitentes) se encuentren y puedan llegar a buen término mediante la formalización de éste tipo de contratos percibiendo a cambio de dicha formalización de los contratos una remuneración mediante el pago de un precio y es ese fin lucrativo el que también se prohíbe por numerosas legislaciones entre ellas Portugal que sanciona fuertemente este tipo de prácticas de la maternidad subrogada con terceros intermediarios o agentes imponiendo una sanción en el caso que sean descubiertos realizando este tipo de prácticas lucrativas.

Lo anteriormente dicho tiene su motivación legal en el art.34.5º de la Ley de Gestación Subrogada portuguesa, Ley 25/2016<sup>64</sup> que dice lo siguiente textualmente “ *quién promoviere por cualquier medio, en particular a través de invitación directa o por persona interpuesta, o de anuncio público, la celebración de contratos de gestación por sustitución fuera de los casos previstos en los números 2 a 6 del art.8 será castigado con pena de prisión de 2 a 6 años*”. Así que, se condenaría por parte de la legislación portuguesa la realización de estas prácticas por parte de terceros intermediarios que tratan de mediar entre las partes para obtener algún tipo de remuneración o contraprestación

<sup>63</sup> Cit Ley de Gestación Subrogada, Ley 25/2016 de 22 de agosto, publicada de forma oficial en la siguiente página web donde se puede consultar <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/75177806/details/maximized>.

<sup>64</sup> Cit Ley de Gestación Subrogada, Ley 25/2016 de 22 de agosto, publicada de forma oficial en la siguiente página web donde se puede consultar <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/75177806/details/maximized>.

dineraria a cambio de la prestación de sus servicios mediando o no publicidad para su realización o ejecución de los mismos.

Pese a lo dicho anteriormente, el legislador neoyorquino no condena la realización de estas prácticas o técnicas mediando la intervención de agencias o de terceros intermediarios ya que lo que se persigue precisamente en el fondo es que las partes queden adecuadamente asesoradas en cuanto a la formalización, desarrollo y ejecución del contrato de maternidad subrogada para evitarse precisamente la aplicación de consecuencias legales perjudiciales hacia las partes del contrato. Siendo la base del asesoramiento una práctica legal y normalizada por lo tanto desde el Estado de Nueva York, tal y como expone la Ley 6037 en su art. 704 dice lo siguiente textualmente, “ *La madre gestante debe entender y comprender cada una de las condiciones del acuerdo de maternidad por sustitución, entendiéndolo que, renuncia a todos los derechos derivados de la maternidad*”. Una renuncia de tal calibre como son a los derechos y deberes derivados de la maternidad resultaría incomprensible para la madre gestante si no es adecuadamente asesorada en la formalización y práctica del acuerdo de maternidad subrogada por lo tanto la intervención de terceros intermediarios especialistas en la materia de esta técnica de reproducción humana asistida se hace imprescindible para una adecuada comprensión de los derechos que asisten a la madre gestante durante todo el procedimiento de gestación subrogada.

### *C) NATURALEZA Y CAUSA DEL CONTRATO*

Nos queda por analizar la causa del contrato y lo haremos desde el punto de vista de la doctrina exponiendo como opinión referente para nuestro trabajo la del profesor JOSÉ LACRUZ BERDEJO<sup>65</sup> que viene a decir que en principio, la determinación de la naturaleza del contrato en cuanto a su causa o en cuanto al objeto no tiene sentido, en la medida que el legislador español parte de la clara prohibición del contrato de maternidad subrogada en el art.10.1 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistidas. No obstante la doctrina lo ha venido caracterizando o calificando por un lado, como contrato de arrendamiento de servicios y, por otro lado, como contrato de venta de cosa futura a continuación se expondrán las dos justificaciones de forma pormenorizada.

Los que lo califican como contrato de arrendamiento de servicios y como se trata de que la madre gestante no está obligada a la entrega del hijo tras el alumbramiento o el parto dado que se parte de una prohibición de entrega del hijo por el art.10.1 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, la madre gestante prestaría el servicio pero no estaría obligada a entregar el resultado, es decir, no tendría por qué producirse la recepción del hijo gestado a favor de los progenitores comitentes si la madre gestante decide quedarse con el menor. No obstante, esta interpretación iría claramente en contra del fin normal de estos contratos de arrendamiento de servicios dado que el resultado normalmente tiende a producirse.

Y, por otra parte, los que lo califican como venta de cosa futura tratan al hijo alumbrado como cosa y no como alguien ya que la entrega del menor a cambio del pago de un precio supondría la cosificación del menor y es esta cosificación la que debe evitarse a toda costa.

### *PERFECCIÓN DEL CONTRATO. EL CONSENTIMIENTO CONTRACTUAL*

---

<sup>65</sup> GARCÍA PÉREZ Carmen L, ” Título I”,pág 370 en AAVV *Comentarios a la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistidas*. Thomson. Aranzadi. Navarra. 2007.

A continuación analizaremos el consentimiento dado al acuerdo de maternidad subrogada en función de lo dispuesto en el art.9.2 apartado b de la Propuesta de Ley de gestación subrogada que nos dice que el consentimiento debe ser “ *informado, libre, expreso e irrevocable de las partes intervinientes*”.

En línea de lo expuesto en dicho art.9.2 acerca de que el consentimiento debe ser libre, expreso e irrevocable por las partes intervinientes se pronuncia el profesor VELA SÁNCHEZ<sup>66</sup> que nos viene a decir que el consentimiento para que se entienda libremente prestado debe ser dado ante Notario para que éste verifique que no concurren vicios invalidantes del mismo como son el miedo, la coacción o el engaño. Por lo tanto, es lógico que el autor haga la proposición como forma del contrato de la escritura pública dado que mediante fedatario público puede detectarse si efectivamente la madre gestante lo ha prestado sin ningún tipo de intervención sobre su decisión por parte de los progenitores comitentes.

La formalización del contrato mediante escritura pública se recoge en el art.9.1 de la misma Proposición de Ley que dice lo siguiente “ *La mujer que se acoja al derecho del artículo 6.1 y la persona o personas que pretendan ser progenitor o progenitores subrogantes deberán otorgar ante Notario, con carácter previo a cualquier aplicación de una técnica de reproducción humana asistida, el contrato de gestación por subrogación, redactado con sujeción a la presente Ley y de forma accesible y comprensible tanto para la mujer gestante como para los progenitores subrogantes*”.

Esta claridad y sencillez en cuanto a la información de los derechos, deberes y obligaciones que emanan del contrato de maternidad subrogada parece también que es una exigencia a tenerse en cuenta por la Ley 6037 de Nueva York sobre maternidad subrogada que en su art.704 dice así “*La madre gestante debe entender y comprender cada una de las condiciones del acuerdo de maternidad por sustitución entendiendo que, renuncia a todos los derechos derivados de la maternidad*”. Por lo tanto, un consentimiento libremente prestado desde nuestra opinión en atención a lo regulado en la Propuesta de Ley y conforme a lo expuesto por el profesor VELA SÁNCHEZ se entiende que el consentimiento debe ser controlado por el fedatario público para verificarse de que efectivamente ante tal trascendencia del negocio jurídico las partes entienden las implicaciones derivadas del contrato como es la renuncia de la madre gestante a la filiación materna y la asunción de los progenitores comitentes de los deberes y obligaciones derivados de la atribución de la filiación sobre el menor a su favor y como el acto tiene esa trascendencia con respecto a las partes como para el menor implicado la autoridad pública que mejor protegería los intereses en juego sería el Notario ya que la forma de escritura pública es una garantía en cuanto a la determinación y comprobación de que el consentimiento fue válidamente prestado.

## CONTENIDO Y EFECTOS DEL CONTRATO

Estudiaremos ahora el efecto más importante de este contrato que es la renuncia de la filiación materna por la gestante a favor de los progenitores comitentes. Pero antes hacer el matiz de que, como hemos observado anteriormente partimos de una clara prohibición de renuncia de la filiación materna dado que esta se atribuye *ipso iure* por el hecho del alumbramiento o del parto. Es precisamente esta prohibición de disrupción entre maternidad gestacional con respecto a la maternidad jurídica lo que impide que la filiación actualmente sea atribuida a unos padres distintos a la gestante o al marido de ésta en principio. Y decimos bien al decir en “ *principio*” porque por la parte paterna, es decir, por el marido de la gestante siempre quedaría la puerta de impugnarse la

<sup>66</sup> VELA SÁNCHEZ, Antonio J. *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*. Editorial Comares. Granada, 2012, pág 77.

filiación otorgada a su favor cuando no hubiese aportado gametos a la fecundación pero como no nos interesa profundizar sobre la filiación paterna sino con respecto a la filiación materna dejamos de lado el estudio de la impugnación de la filiación paterna solamente centrándonos en la filiación materna porque ella se atribuye de forma automática con independencia de haberse aportado gametos o no a la fecundación y es esa atribución directa o automática la que impide la entrada en juego del contrato de maternidad subrogada, dificultad que pretendemos superar con el estudio de la propuesta legal del contrato en estas líneas de nuestro trabajo.

Abordaremos el estudio de la ruptura de la filiación materna derivada del contrato de maternidad subrogada tanto desde la Propuesta de Ley de gestación subrogada para España, como de la Ley de Gestación Subrogada, Ley 25/2016 que es la ley portuguesa en gestación subrogada, y desde la ley 6037 de Nueva York sobre la misma materia.

Desde nuestra propuesta de regulación legal, el art. 11.1 de la Propuesta de Ley de gestación subrogada nos dice literalmente que “ *La filiación de los nacidos mediante gestación por subrogación se regulará por las leyes civiles, a salvo de las especificaciones establecidas en los artículos siguientes*”.

Y, el apartado anterior se concreta en el apartado 2º de dicho artículo que nos dice lo siguiente “ *En ningún momento se establecerá vínculo de filiación entre la mujer gestante por subrogación y el niño o niños que pudieran nacer*”. Por lo tanto, se establece una clara ruptura con respecto al principio de *mater certa semper est* en la medida que la filiación materna ya no vendría dada de forma automática por el hecho del alumbramiento o del parto como ocurre en la actualidad conforme a nuestra regulación civil actual.

Esta posibilidad de ruptura de la filiación materna a favor de los padres comitentes ya se contempla en la legislación de Portugal que en su ley 25/2016 de Gestación Subrogada<sup>67</sup> nos dice su art.8.7 que “*los hijos nacidos mediante estas técnicas son considerados hijos de los beneficiarios*”. Por lo tanto, la filiación es atribuida de forma automática a favor de los padres comitentes desde el alumbramiento o del parto. Y, la afirmación anterior se refuerza con el compromiso de renuncia de la filiación materna por parte de la madre gestante regulada tal renuncia legalmente en el art.8.1º de la Ley de Gestación Subrogada portuguesa que dice lo siguiente “*... renunciando a los poderes y deberes propios de la maternidad*”.

Una disposición similar a la anterior se recoge en la Ley 6037 de Nueva York<sup>68</sup>, pero ésta ley otorga ya la filiación desde la celebración del acuerdo de maternidad subrogada, de tal manera que, el nacimiento del hijo solamente confirmará la filiación que ya ha sido atribuida con anterioridad en virtud del contrato de maternidad subrogada celebrado por las partes. Lo dicho anteriormente se encuentra justificado en el art. 704 que dice lo siguiente “*Los padres comitentes en virtud del contrato de maternidad por sustitución, una vez producido el nacimiento o alumbramiento se convierten de forma automática en progenitores del menor*”.

De esta forma, son ya las regulaciones de otros ordenamientos jurídicos las que permiten la ruptura de la filiación materna y posterior otorgación de la misma a favor de los padres comitentes, es más ya se incorpora tal otorgamiento a favor de los padres comitentes en la Propuesta de Ley para España de gestación subrogada ya citada.

<sup>67</sup> Cit Ley de Gestación Subrogada, Ley 25/2016 de 22 de agosto, publicada de forma oficial en la siguiente página web donde se puede consultar <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/75177806/details/maximized>.

<sup>68</sup> Cit Ley de Gestación Subrogada, Ley 6037 del Estado de Nueva York publicada oficialmente en la página web del gobierno federal en <http://lawfilesexternal.wa.gov/biennium/2017-18/Pdf/Bills/Senate%20Bills/6037.pdf#page=1>

Y, finalmente hacerse alusión al requisito de prohibición de impugnación de la filiación una vez se haya producido la transferencia embrionaria según la Propuesta de Ley de gestación subrogada<sup>69</sup> que su art.12.1 nos dice lo siguiente literalmente, *“La persona o personas progenitores subrogantes, cuando hayan formalizado el contrato de gestación por subrogación y se haya producido la transferencia embrionaria a la mujer, no podrán impugnar la filiación del hijo o hijos nacidos como consecuencia de tal gestación”*. Éste límite que se establecería legalmente a la impugnación de la filiación con ocasión de la transferencias de embriones coincide con el momento también de prohibición de la resolución del contrato de maternidad subrogada desde la legislación neoyorquina, ya que la misma en su Ley 6037<sup>70</sup> prohíbe la resolución del contrato después de que se haya producido la transferencia embrionaria que en su art.708 ratifica lo que acaba de exponerse *“Se podrá poner fin por cualquiera de las partes del acuerdo de maternidad por sustitución antes de la transferencia del embrión”*. Así que, el momento previo a la transferencia de embriones parece ser el momento clave para la renuncia al pacto de la maternidad subrogada ya que como aún no se ha formalizado el pacto por no haberse aportado gametos a la fecundación tampoco puede esperarse que se otorgue la filiación a favor de los padres comitentes en la medida que la filiación tiene la componente genética de haberse aportado gametos a la fecundación de la gestante. Tal interpretación anterior la obtenemos al analizarse conjuntamente los preceptos ya citados de la Propuesta de Ley como de la Ley neoyorquina también citada anteriormente.

Como añadido a lo anteriormente y como matiz a comentarse decir que, en caso de premoriencia de alguno de los progenitores comitentes no debe reconocerse filiación alguna a favor del progenitor que ha fallecido, salvo que ya se haya producido la transferencia de embriones o gametos en el útero de la mujer gestante. Tal y como nos dice el art.13.1 de la Propuesta de Ley de Gestación subrogada que nos dice lo siguiente *“ No podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo o hijos nacidos como consecuencia de la gestación subrogada regulada en esta Ley y el progenitor fallecido, salvo que en el momento de su muerte ya se hubiese producido la transferencia embrionaria al útero de la mujer parte del contrato de gestación por subrogación”*. Una disposición parecida a la anterior la encontramos en la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistidas, Ley 14/2006<sup>71</sup> que en su art.9.1 dice así *“No podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta Ley y el marido fallecido cuando el material reproductor de éste no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón”*.

Además de que, la validez de los acuerdos derivados del contrato de maternidad subrogada seguirán manteniendo su vigencia con respecto a la filiación ya determinada a pesar de la premoriencia o fallecimiento de alguno de los progenitores comitentes conforme al art.14 de la Propuesta de Ley de gestación subrogada que dice que *“En el supuesto de fallecimiento durante la gestación del progenitor subrogante o de ambos progenitores subrogantes, el contrato de gestación por subrogación mantendrá su validez a efectos de determinar la filiación, estando obligado a promover la inscripción por la declaración correspondiente las personas determinadas en el artículo 45 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil”*.

Lo reflejado en el art.14 acerca del mantenimiento de la validez de la determinación de la filiación tiene su razón de ser desde nuestro entendimiento en lo dicho en el informe del Comité de Bioética

---

<sup>69</sup> Cit Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación.Presentada por el Grupo Parlamentario de Ciudadanos. Publicada en el Boletín Oficial de las Cortes Generales,...

<sup>70</sup> Cit Ley de Gestación Subrogada, Ley 6037 del Estado de Nueva York publicada oficialmente en la página web del gobierno federal en <http://lawfilesexst.leg.wa.gov/biennium/2017-18/Pdf/Bills/Senate%20Bills/6037.pdf#page=1>

<sup>71</sup> Cit Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.Publicado en BOE núm.126,de 27/05/2006.

español cuando comentábamos la sentencia del TS de 19 de mayo de 2017<sup>72</sup> acerca de mantenerse la validez del otorgamiento de la filiación ya constituida a pesar de declararse la nulidad del instrumento, es decir, a pesar de ser nulo de pleno derecho el contrato, ya que en base al mismo se ha creado un estatus legal derivado de la filiación y la afectación de la nulidad del contrato también a la filiación supondría una vulneración del interés superior del niño, ya que se le colocaría o dispondría en una situación de desprotección o desamparo, en la medida que la filiación permite otorgar la protección y cuidado del menor a favor de progenitores concretos o determinados y si se declara nula la filiación nadie asumiría esa filiación declarándose el desamparo del menor afectando por ende al interés superior del menor. Las palabras anteriores sin ser las mismas que ha empleado el Comité de Bioética español en su informe del pasado 2017 son al menos similares ya que en el fondo de dicho informe puede interpretarse lo dicho anteriormente acerca de la situación de desprotección del menor en relación con el interés superior del menor.

### *INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO. REMEDIOS*

Analizamos ahora los remedios que para el caso de incumplimiento del contrato de maternidad subrogada se reconocen por los legisladores con advertencia de que como en nuestro país está prohibida la maternidad subrogada en la actualidad por la vigencia del art.10.1 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida debemos proceder a analizar dichas causas en atención a las consecuencias que establecen otros ordenamientos jurídicos en caso de incumplimiento del acuerdo de gestación subrogada. Analizaremos tanto la legislación portuguesa como la legislación de Nueva York para luego comparar dichos ordenamientos jurídicos con la Propuesta de Ley de gestación subrogada en nuestro país.

*Nueva York.*-Desde la legislación de Nueva York sobre maternidad subrogada se prevén tres causas principalmente de incumplimiento del contrato, una de ellas es relativa a la posibilidad de resolución anticipada del contrato y las otras dos restantes referidas estrictamente a las sanciones que se prevén en caso de incumplimiento del contrato. Se regulan las causas en el art.708 de la Ley 6037<sup>73</sup> de maternidad subrogada ya citada anteriormente.

La primera de ellas es la resolución anticipada antes de la transferencia de embriones a la gestación. Esta causa coincide como hemos observado con el hecho de que como no se han transferido gametos a la gestación no pueden asumirse los deberes propios del contrato de maternidad subrogada como son los derivados de la filiación principalmente como efecto principal del objeto del contrato y sin producirse ese efecto de transferencia de embriones no podría entenderse que surge la obligación de los progenitores comitentes de asumir la filiación ni de la madre gestante de renunciar a favor de los primeros. Por lo tanto, el momento antes de la transferencia se puede rescindir el contrato sin consecuencias jurídicas aparejadas a dicha rescisión antes de dicha transferencia de embriones. La anterior interpretación podría tener su justificación en lo que dijimos en el apartado correspondiente a la transferencia de embriones a la gestación en relación con la filiación en conexión con lo expuesto en el art.12.1 de la Propuesta de Ley de gestación subrogada que dice lo siguiente literalmente “*La persona o personas progenitores subrogantes, cuando hayan formalizado el contrato de gestación por subrogación y se haya producido la transferencia*

<sup>72</sup> Cit Informe del Comité de Bioética Español “*Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos..*”, Bilbao, 2017 pág 55.

<sup>73</sup> Cit Ley de Gestación Subrogada, Ley 6037 del Estado de Nueva York publicada oficialmente en la página web del gobierno federal en <http://lawfilesexst.leg.wa.gov/biennium/2017-18/Pdf/Bills/Senate%20Bills/6037.pdf#page=1>

*embrionaria a la mujer, no podrán impugnar la filiación del hijo o hijos nacidos como consecuencia de tal gestación”.*

El siguiente apartado del art.708 de la Ley 6037<sup>74</sup> conlleva la imposición en concepto de sanción a los progenitores comitentes en el caso de que decidan rescindir el contrato de gestación subrogada después de la transferencia de embriones debiéndose abonar todos los gastos aparejados a los procesos de maternidad subrogada llevados a cabo hasta el momento sin límites algunos *“Cualquiera de las partes podrán poner fin al acuerdo de maternidad por sustitución, pero, serán los padres comitentes los encargados de abonar todos los gastos derivados del mismo acuerdo, aunque el mismo no haya llegado a su fin en los términos contractualmente pactados”.*

Y, por último la imposición de todos los gastos en caso de fraude de ley a favor de la parte que hubiese incurrido en dicho fraude de ley *“y, si cualquiera de las partes hubieran incurrido en fraude en la contratación sufrirán una sanción correspondiente por el daño causado por la terminación fraudulenta del contrato de maternidad por sustitución”.*

Portugal.-No prevé la Ley de Gestación Subrogada en Portugal, Ley 25/2016 acciones para el caso de incumplimiento del contrato de maternidad subrogada, si bien dichas acciones podrán ejercitarse conforme a lo dispuesto en el régimen general de los deberes y obligaciones previsto en la referida Ley y en su caso del régimen general de las obligaciones y contratos del código civil con las necesarias adaptaciones dada la peculiar naturaleza de los deberes y obligaciones asumidos. De la propia definición que hace la ley del contrato en su art.8 pueden extraerse qué acciones caben en caso de incumplimiento de la parte incumplidora para que puedan llevarse a buen término los deberes y obligaciones que emanan del objeto del contrato; así el art.8.1 dice que este contrato consiste en la entrega de la gestante del hijo tras el alumbramiento o el parto con expresa renuncia a los deberes y obligaciones derivados de la maternidad, *“ se entiende por gestación por sustitución cualquier situación en la que la mujer está dispuesta a llevar a cabo el embarazo por cuenta ajena y a entregar el bebé tras el parto, renunciando a los poderes y deberes propios de la maternidad”.* Las prestaciones de la madre gestante quedan perfectamente definidas, mientras que la de los comitentes respecto de la madre consisten en abonar los gastos derivados del embarazo y parto, y, asumir respecto del nacido la filiación del mismo.

La proposición de ley española tampoco prevé consecuencias jurídico privadas resultantes del incumplimiento del contrato, por lo que, caso de producirse tal incumplimiento, habría que acudir a las consecuencias ya aludidas para el caso portugués, dada la naturaleza de las prestaciones implicadas.

## INEFICACIA DEL CONTRATO

*Portugal.-* En cuanto a la ineficacia del contrato de maternidad subrogada en Portugal se tratan todos los supuestos de acciones de nulidad del contrato en base a lo dictaminado en el art.8.12 de la Ley de Gestación Subrogada. Por lo tanto, a continuación se procederá a la indicación de los supuestos en los que procede la aplicación de la nulidad del contrato según la legislación portuguesa.

---

<sup>74</sup> Cit Ley de Gestación Subrogada, Ley 6037 del Estado de Nueva York publicada oficialmente en la página web del gobierno federal en <http://lawfilesexxt.leg.wa.gov/biennium/2017-18/Pdf/Bills/Senate%20Bills/6037.pdf#page=1>

El apartado 2º del art.8 de la Ley de Gestación Subrogada en Portugal, Ley 25/2016 nos dice que *“solamente es posible la celebración del contrato a título excepcional y gratuito, en los casos de ausencia de útero, lesión del mismo o carencia de este órgano que impida el embarazo de la mujer en circunstancias clínicas que lo aconsejen”*. Por lo tanto y a sensu contrario del apartado 2º, si el contrato se celebra mediando precio puede ejercitarse la acción de nulidad del acuerdo de gestación subrogada

El apartado 3º de ese mismo artículo ya señalado, nos viene a decir que al menos uno de los progenitores comitentes debe aportar gametos a la fecundación no pudiéndose optar por la situación en la que la gestante aporte sus ovocitos a dicha gestación, en la medida que en el supuesto de que esto llegue a suceder el otro progenitor comitente que se percate de dicha circunstancia de aportación de gametos por parte de la gestante podría ejercitarse la acción de nulidad del contrato.

Por otra parte, el apartado 5º del art. 8 se refiere a la prohibición de que medie precio a favor de la gestante para la realización o ejecución del acuerdo de maternidad subrogada, salvo el precio necesario para cubrirse los gastos sanitarios efectivamente prestados y los servicios de transporte, todos ellos justificados documentalmente. De la interpretación de dicho apartado anterior se extrae que cabe la acción de nulidad del contrato en la medida que el supuesto de que medie precio con la intencionalidad de que la gestante se vea remunerada por el servicio prestado es un incumplimiento grave del contrato de maternidad subrogada ya que entre otras cosas supone un incumplimiento del carácter solidario y altruista de la gestante que está dispuesta a prestar su colaboración de forma solidaria con los comitentes sin ánimo de lucro.

El apartado 6 encierra una acción para privar de eficacia al contrato cuando medie una relación de subordinación entre los progenitores comitentes y la madre gestante, subordinación que nos podría llevar al servilismo o a la instrumentalización del cuerpo de la gestante por este hecho entendemos que cabe la acción de nulidad del contrato también por la cosificación del cuerpo de la mujer al no disponerse libremente del mismo por la gestante en la medida que dado el poder de dirección o subordinación que mediaría si existiera este tipo de relaciones de subordinación a favor de los progenitores llevaría a dicha cosificación de la gestante por lo tanto, la acción que consideramos adecuada es la de nulidad del contrato acorde con lo dispuesto en el art.8.12 que permite su aplicabilidad.

En el apartado 10 del art.8 declara la obligatoriedad de la forma escrita para el acuerdo de maternidad subrogada además de un contenido mínimo preciso de dicho acuerdo. La infracción de dichas normas sobre forma y contenido obligatoria deben reconducirse al régimen de la nulidad contractual pues el apartado 12 del art.8 establece la nulidad del contrato en caso de acuerdos jurídicos gratuitos u onerosos, que no respeten lo dicho anteriormente. Por lo tanto, puede ejercitarse la acción de nulidad de pleno derecho.

En el caso de los arts.13 y 14 de la Propuesta de regulación legal de la gestación subrogada <sup>1</sup> para nuestro país puede constatarse la necesidad en el apartado primero del art.13 de que los gametos hayan sido ya transferidos a la gestación de la madre gestante por parte del progenitor comitente, ya que de lo contrario no podrían reconocerse los efectos derivados de la filiación legal que surgen según dicho artículo desde la transferencia de dichos gametos. Dice el art.13.1 de la Propuesta de Ley de regulación legal de la maternidad subrogada lo siguiente de forma literal “*No podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo o hijos nacidos como consecuencia de la gestación subrogada regulada en esta Ley y el progenitor fallecido, salvo que en el momento de su muerte ya se hubiese producido la transferencia embrionaria al útero de la mujer parte del contrato de gestación por subrogación*”. Una disposición similar la encontramos en nuestra actual Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistidas, Ley 14/2006<sup>2</sup> que en su art.9.1 dice así “*No podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta Ley y el marido fallecido cuando el material reproductor de éste no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón*”. Por lo tanto, la disposición de la Propuesta de Ley de regulación de la gestación subrogada trae su origen a colación de lo dispuesto en el art.9.1 de la ley anteriormente mencionada.

Esta disposición legal del art.13.1 de la Propuesta de Ley tiene también su reflejo en el Derecho Comparado en la medida que la Ley de Nueva York, Ley 6037<sup>3</sup> también dispone algo parecido acerca de la validez del contrato de maternidad subrogada ya que antes de la transferencia de los embriones considera dicha disposición normativa que el contrato no se ha perfeccionado entre las partes y al no tomarse dicha formalización del mismo con la transmisión de gametos tampoco puede vincularse la filiación del hijo que nazca en virtud del contrato a favor del progenitor comitente en la medida que la transferencia embrionaria encierra jurídicamente los deberes derivados de la filiación a favor del padre que ha transmitido sus gametos a la fecundación y por supuesto si nada se ha transmitido en cuanto a dicha carga genética no puede esperarse que se reconozca legalmente una filiación inexistente. Dice la Ley de Nueva York lo siguiente en su art.708 apartado primero de forma textual “*Se podrá poner fin por cualquiera de las partes del acuerdo de maternidad por sustitución antes de la transferencia del embrión*”. Citamos el artículo anterior de la ley neoyorquina con la finalidad de recordarse que la transferencia de embriones es el momento en virtud del cual surge jurídicamente el reconocimiento de la filiación a favor de los comitentes y antes de dicho momento el Derecho no reconoce tal vínculo de filiación.

En el apartado segundo del art.13 de la Propuesta de Ley de gestación subrogada para España reconoce la situación en virtud de la cual podría reconocerse legalmente por el Derecho la filiación a favor del progenitor o progenitores comitentes fallecido o fallecidos, siempre y cuando se haya producido la transferencia de embriones a la gestación de la madre gestante. Dice el apartado segundo lo siguiente “*No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, siempre que el progenitor subrogante fallecido hubiese prestado su consentimiento previamente en el contrato de gestación subrogada y hubiese aportado su material genético, podrá ser utilizado en los 12 meses siguientes a su fallecimiento para la fecundación y posterior transferencia embrionaria a la mujer parte del contrato de gestación por subrogación. Tal generación producirá los efectos legales que se derivan de la filiación*”. Por otra parte, el mismo apartado segundo in fine reconoce la posibilidad de utilizarse los embriones transcurridos doce meses desde el fallecimiento del comitente tiempo suficiente como para producirse la transferencia embrionaria más allá de la muerte del progenitor comitente pero será válido tal reconocimiento si se produce la transmisión de gametos dentro de ese marco temporal de los doce meses. El art. 9.2 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistidas nos dice algo parecido al art.13.2 de la Propuesta de Ley con la siguiente literalidad “ *No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el marido podrá prestar su consentimiento, en el documento a que se hace referencia en el artículo 6.3, en escritura pública, en testamento o documento de instrucciones previas, para que su material reproductor pueda ser utilizado en los 12 meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer. Tal generación producirá los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial. El consentimiento para la aplicación de las técnicas en dichas circunstancias podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquéllas*”. Desde nuestro entendimiento el art.9.2 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistidas tiene un mayor grado de perfeccionamiento en relación con el consentimiento prestado por el progenitor premoriente, en la medida que exige el precepto que dicho consentimiento sea prestado en escritura pública, en testamento o en documentos de instrucciones previas, mientras que, el art.13.2 de la Propuesta de Ley prescinde de tal consentimiento prestado mediante cualquiera de las formas anteriormente citadas. El hecho de haberse prescindido de dicha formalidad a la hora de prestarse el consentimiento por parte del progenitor comitente en atención a los parámetros de dicho art.13.2 nos parece que el consentimiento podría hacerse recaer en una voluntad viciada, en la medida que como ya hemos analizado en el apartado correspondiente a la *formalización del contrato de maternidad subrogada* la forma es esencial para garantizarse que el consentimiento es libremente prestado porque al elevarse a escritura pública por ejemplo sería el fedatario público quien con su autoridad controle que la voluntad del progenitor en el momento de la transferencia de los embriones por ejemplo ha sido válidamente prestada sin incurrir en error, engaño, dolo o miedo, siendo en caso contrario, es decir, en el supuesto de que dicho consentimiento no se preste en cualquiera de las formas admitidas en Derecho ya citadas con anterioridad una merma de las garantías para considerarse que ese consentimiento fue libremente prestado.

Y finalmente, el art. 13 in fine recuerda que ese consentimiento puede ser libremente revocado en un momento anterior a la realización de la transferencia embrionaria igual a lo que ocurre en la Ley 6037 de Nueva York ya citada en su precepto 708.

Por otra parte desde la legislación portuguesa de maternidad subrogada, Ley de Gestación Subrogada 25/2016<sup>4</sup> no se prevé la posibilidad de revocación del consentimiento prestado para la formalización del contrato antes de la transferencia embrionaria limitándose solamente a la exposición de los derechos y obligaciones para cada una de las partes en relación al contrato pero el supuesto de revocación de dicha voluntad para la formalización o no del acuerdo de gestación subrogada no tiene su reflejo legal desde dicha disposición normativa por lo tanto.

Como conclusión del análisis de los arts.13 y 14 de la Propuesta de Ley de gestación subrogada debe concluirse que según el art. 14 de dicha Propuesta de Ley mantiene o declara la validez del acuerdo de maternidad subrogada a efectos solamente de determinarse la filiación y posterior inscripción en el Registro Civil en el caso de que alguno de los progenitores comitentes falleciese o muriesen ambos padres comitentes. El art.14 tiene la siguiente literalidad *“En el supuesto de fallecimiento durante la gestación del progenitor subrogante o de ambos progenitores subrogantes, el contrato de gestación por subrogación mantendrá su validez a efectos de determinar la filiación, estando obligado a promover la inscripción por la declaración correspondiente las personas determinadas en el artículo 45 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil”*.

Sin embargo no encontramos una disposición idéntica a la anterior ni en la Ley de Gestación Subrogada portuguesa, ni en la Ley neoyorquina de maternidad subrogada. No obstante nos parece un acierto el hecho de que se conserve la validez y eficacia de la filiación a los efectos de la inscripción de la misma en el Registro Civil, puesto que al fin y al cabo de la institución de la filiación se derivan una serie de derechos reconocidos a favor del hijo nacido vinculados al estatuto jurídico de la persona como es la nacionalidad, el derecho a un nombre y a unos apellidos y un elenco de derechos que son propios a la inscripción registral y reconocida cumpliendo así con las exigencias de la normativa internacional del derecho al reconocimiento a un nombre y a una nacionalidad regulada tal disposición en el art.7.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989<sup>5</sup> que dice así *“El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”*. Además de que, con el mantenimiento de la validez de la filiación a efectos de la inscripción en el Registro Civil sería una forma de garantizarse desde nuestra opinión que la vida privada familiar del hijo no se encuentra dificultada, ya que el hijo de los comitentes se encontraría integrado en la sociedad española

plenamente al gozar de todos los derechos inherentes a la filiación reconocida por los progenitores comitentes. No obstante, una disposición como la que encierra el art.14 de la Propuesta de Ley requeriría también desde nuestro punto de vista de una reforma o cambio jurisprudencial de la doctrina del TS acerca de la validez de la filiación derivada de estos acuerdos de maternidad subrogada anteriormente expuesta en este trabajo ya que el TS dada la posible futura aprobación de nuestra Propuesta de Ley necesariamente tendría que procederse por el Alto Tribunal al reconocimiento de estas filiaciones derivadas del acuerdo de maternidad subrogada porque no quedaría excluida tal filiación obtenida en estos contratos del orden público español, sino que una vez aprobada mediante ley la Propuesta de Ley por parte del Congreso entendemos que pasaría a formar parte del orden público español al integrarse este tipo de contratos en nuestro ordenamiento jurídico.

### *RÉGIMEN SANCIONADOR*

A continuación se procederá al estudio de las sanciones previstas para el caso de incumplimiento del contrato de maternidad subrogada desde la legislación de Nueva York, de Portugal y desde la Propuesta de Ley para España.

#### Nueva York, Ley 6037

La Ley de Nueva York solamente establece para el caso de resolución del contrato la sanción de abonarse los gastos en caso de que alguna de las partes decidan resolverlo una vez se haya producido la transferencia de embriones, debiéndose por los comitentes proceder al sufragio de los costes del procedimiento de maternidad subrogada si el momento de resolución del acuerdo es posterior a la transferencia de embriones, tal y como establece el art.714 de dicha ley.

Y, el supuesto de abonarse los gastos por parte de la parte que ha incurrido en fraude de ley que deberá proceder al abono de los gastos de dichos procedimientos de gestación subrogada, según el art.714 in fine. Por lo tanto, no existen sanciones penales desde la ley 6037 de Nueva York, solamente civiles como es la compensación de los gastos en las circunstancias anteriormente citadas.

#### Portugal, Ley 25/2016.

A continuación ahondaremos en la ley portuguesa de Gestación Subrogada, Ley 25/2016<sup>3</sup> que prevé un mayor elenco de sanciones con supuestos que tienen como principal contenido la persecución de los sujetos o intermediarios que realizan las operaciones de maternidad subrogada a cambio de lucro y de la propia gestante que lo realiza con tales fines. Además de que trata de reprimirse por el legislador portugués la explotación o situaciones de abuso sobre el cuerpo de la mujer que se producen en estas prácticas de reproducción humana asistidas, circunstancias de abuso o explotación que ya estudiamos cuando analizamos la nota del *servilismo del cuerpo de la mujer como obstáculo a la regulación legal de la maternidad subrogada en nuestro país* y que en estas líneas solamente procederemos al estudio de las sanciones aparejadas al incumplimiento del contrato de maternidad subrogada.

Las sanciones al incumplimiento del acuerdo de gestación subrogada en Portugal se prevén en el art.34 de la Ley de Gestación Subrogada, Ley 25/2016<sup>4</sup> que dice lo siguiente textualmente “

1 — Quien, como beneficiario, concretizare contratos de gestación por sustitución a título oneroso será castigado con pena de prisión de hasta 2 años o pena de multa de hasta 240 días.

2 — Quien, como gestante por sustitución, concretizare contratos de gestación por sustitución a título oneroso será castigado con pena de multa de hasta 240 días.

3 — Quien, como beneficiario, concretizare contratos de gestación por sustitución, a título gratuito, fuera de los casos previstos en los números 2 a 6 del artículo 8.º será castigado con pena de prisión de hasta 1 año o pena de multa de hasta 120 días.

4 — Quien, como gestante por sustitución, concretizare contratos de gestación por sustitución, a título gratuito, fuera de los casos previstos en los números 2 a 6 del artículo 8.º será castigado con pena de multa de hasta 120 días.

5 — Quien promoviere, por cualquier medio, en particular a través de invitación directa o por persona interpuesta, o de anuncio público, la celebración de contratos de gestación por sustitución fuera de los casos previstos en los números 2 a 6 del artículo 8.º será castigado con pena de prisión de hasta 2 años. 6 — Quien, en cualquier circunstancia, obtuviere beneficio económico de la celebración de contratos de gestación de sustitución o de su promoción, por cualquier medio, en particular a través de invitación directa o por persona interpuesta, o de anuncio público, será castigado con pena de prisión de hasta 5 años.

7 — La tentativa es punible.”

Observadas las anteriores sanciones llegamos a la conclusión de que se sanciona toda actuación encaminada al lucro o que tenga como fin principal la actividad lucrativa tanto por terceros como por la propia gestante. Incluso, sin llegarse a perfeccionar íntegramente el contrato de maternidad subrogada se puede sancionar el intento de llevarlo a cabo con los fines anteriormente expuestos en el art.34 de la Ley de Gestación Subrogada dado que trata de acogerse por el legislador en esa cláusula “*residual*” del art.34.7 todos aquellos casos en los que la práctica de maternidad subrogada se practique en los supuestos prohibidos por la ley sin distinción alguna por eso es una disposición esta última abierta.

### Propuesta de Ley de Gestación Subrogada para España.

Y quedarían por estudiarse los supuestos de la sanciones previstas para el caso de incumplimiento del contrato de maternidad subrogada desde el punto de vista de la Propuesta de Ley de gestación subrogada para España tipificadas tales infracciones y sanciones en los arts.21 a 27 de la misma.

Como en nuestro país debe crearse un procedimiento sancionador para imponer la correspondiente sanción para el caso de incumplimiento del contrato, la Propuesta de Ley de gestación subrogada articula dicho procedimiento siguiendo el esquema de la Ley del Procedimiento Administrativo Común, Ley 39/2015, del Régimen Jurídico del Sector Público, Ley 40/2015, Ley General de Sanidad 14/1986, Ley de Protección de Datos de Carácter Personal, 15/1999 y la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Todas estas anteriores leyes son recopiladas por el art.21 de la Propuesta de Ley de gestación subrogada.

Órgano competente para la instrucción del expediente sancionador.- En el apartado segundo del art.21 se recoge el órgano competente que tiene encargado el ejercicio de la potestad sancionatoria, y nos dice que será el órgano administrativo que corresponda en función del reparto de competencias constitucionalmente realizado.

Posibilidad de compaginarse sanciones de cualquier naturaleza jurídica.- El art.22 a continuación, se dedica exclusivamente a señalar que las sanciones serán aplicadas solamente en el caso de incumplimiento en materia de infracciones previstas para la maternidad subrogada, previa instrucción del expediente y sin perjuicio de haberse incurrido en sanciones civiles, penales o de otro cualquier orden que puedan concurrir.

Y, posteriormente en el mismo artículo 22 se declara las consecuencias generales de cualquier infracción y cómo deben ser aplicadas dichas infracciones desde el punto de vista interpretativo y con la siguiente literalidad “

*Cuando, a juicio de la Administración, la infracción pudiera ser constitutiva de delito falta, el órgano administrativo dará traslado al Ministerio Fiscal y se abstendrá de proseguir el procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no se haya pronunciado. La sanción penal excluirá la imposición de sanción administrativa. De no haberse estimado la existencia de delito, la Administración continuará el expediente sancionador tomando como base los hechos que los tribunales hayan considerado probados. Las medidas administrativas que hubieran sido adoptadas para salvaguardar el derecho a la protección de la salud y la seguridad de las personas se mantendrán en tanto la autoridad judicial se pronuncia sobre ellas. En ningún caso se impondrá una doble sanción por los mismos hechos y en función de los mismos intereses protegidos, si bien deberán exigirse las demás responsabilidades que se deduzcan de otros hechos o infracciones concurrentes”.*

Adopción de medidas cautelares.- También se declara la posibilidad de adoptarse medidas cautelares antes, durante y después de iniciarse el procedimiento sancionatorio para garantizarse la eficacia de la sanción que se impondrá una vez que se dicte resolución sancionatoria firme, pero en cualquier caso si no se inicia un procedimiento sancionatorio al respecto las medidas quedarán sin efectos. Dice el art.23 de la Propuesta de Ley literalmente lo siguiente

*“ 1.En los procedimientos sancionadores por infracciones graves o muy graves se podrán adoptar, con arreglo a la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y sus normas de desarrollo, las medidas de carácter provisional previstas en dichas normas que se estimen necesarias para asegurar la eficacia de la resolución que definitivamente se dicte, el buen fin del procedimiento, evitar el mantenimiento de los efectos de la infracción y las exigencias de los intereses generales. En la adopción y cumplimiento de tales medidas se respetarán, en todo caso, las garantías, normas y procedimientos previstos en el ordenamiento jurídico para proteger los derechos a la intimidad personal y familiar y a la protección de los datos personales, cuando éstos pudieran resultar afectados.*

*2. En los casos de urgencia y para la inmediata protección de los intereses implicados, las medidas provisionales previstas en este apartado podrán ser acordadas antes de la iniciación del expediente sancionador. Las medidas deberán ser confirmadas, modificadas o levantadas en el acuerdo de iniciación del procedimiento, que deberá efectuarse dentro de los 15 días siguientes a su adopción, el cual podrá ser objeto del recurso que proceda.*

*3. En todo caso, dichas medidas quedarán sin efecto si no se inicia el procedimiento sancionador en dicho plazo o cuando el acuerdo de iniciación no contenga un pronunciamiento expreso acerca de aquéllas. El órgano administrativo competente para resolver el procedimiento sancionador podrá imponer multas coercitivas por importe que no exceda de 1.000 euros por cada día que transcurra sin cumplir las medidas provisionales que hubieran sido acordadas”.*

Tipología de sanciones.- Por otra parte los arts.24 y 25 de la Propuesta de Ley <sup>5</sup> se limitan a fijar las sanciones en leves, graves y muy graves conforme a la clasificación tradicional de las infracciones y, el art.25 concreta la cuantía exacta en cada una de las escalas de sanciones en leve, grave y muy grave.

Responsables ante el incumplimiento del contrato de maternidad subrogada.- Finalmente, el art.26 se limita a señalar los responsables en caso de incumplimiento o infracción en materia de gestación

subrogada, fijándose la forma o modo de resolución de dicha responsabilidad en los siguientes términos “

*1. De las diferentes infracciones será responsable su autor.*

*2. Cuando el cumplimiento de las obligaciones previstas en esta Ley corresponda a varias personas conjuntamente, responderán de forma solidaria de las infracciones que se cometan y de las sanciones que se impongan.*

*3. Los directores de los centros o servicio responderán solidariamente de las infracciones cometidas por los equipos biomédicos dependientes de aquéllos, sin perjuicio de la responsabilidad jurídica de los centros que la infracción pudiese originar”.*

Prescripción de las sanciones impuestas.- Además de la prescripción de la sanciones tipificadas por periodos de tiempo en el art.27 de la Proposición de Ley que dice textualmente “

*Las infracciones muy graves prescribirán a los tres años; las graves, a los dos años, y las leves, a los seis meses. Las sanciones impuestas por faltas muy graves prescribirán a los tres años; las impuestas por faltas graves, a los dos años, y las impuestas por faltas leves, al año”.*

## CONCLUSIONES

Procederemos a continuación a realizar las conclusiones acerca de nuestro trabajo sobre el contrato de maternidad subrogada como propuesta de regulación legal del mismo para nuestro país abordando en este último punto las soluciones a cada uno de los obstáculos a la aprobación del mismo en España que son el problema del servilismo, del turismo procreativo, de la infertilidad, de los costes económicos de los procedimientos de gestación subrogada y finalmente sobre el problema de la inscripción de la filiación en el Registro Civil.

En primer lugar, el servilismo no deja de ser una nota problemática para la regulación del contrato de la maternidad subrogada por la excesiva subordinación que supondría el sometimiento de la mujer a los padres comitentes disponiendo la gestante de su gestación a favor de los progenitores comitentes. Este problema tendría su solución en la Propuesta de Ley sobre la gestación subrogada que termina con dicho obstáculo diciendo en palabras más o menos literales que no puede mediar ningún tipo de relación entre la gestante y los progenitores comitentes, en especial destaca la regulación legal de Portugal que en su Ley de Gestación Subrogada como hemos analizado no permite ningún tipo de relación entre las partes del contrato, ni laboral ni económica alguna. De esta forma, es decir, acabando con estas situaciones de subordinación anteriormente enunciadas terminaría por reducirse el riesgo en la práctica de la instrumentalización y con ello de la cosificación de la mujer gestante ya que la misma dispondrá libremente de su cuerpo, en la medida que aportaría su gestación sin temor o represiones derivadas de la subordinación de las relaciones con los comitentes.

Por otra parte, el problema del turismo procreativo se acabaría con el hecho de regularse la maternidad subrogada mediante el sistema de supuestos tasados, es decir, la maternidad subrogada se configuraría como técnica de reproducción humana asistida excepcional con respecto al resto de técnicas ( los padres comitentes solamente podrían acudir a la gestación subrogada en el caso de que los demás métodos de fecundación natural y artificial hayan fracasado) tal y como dispone la Propuesta de Ley de gestación subrogada para España. Así que, se permitiría la regulación del acuerdo de maternidad subrogada en España sin que los padres comitentes que no puedan acogerse al resto de técnicas de procreación marchen a otros países donde sí está regulada la técnica.

A continuación estaría el problema de la infertilidad. Desde nuestro punto de vista este problema se acabaría aplicando lo dictaminado en la sentencia del TEDH que hemos citado en el texto del trabajo acerca del caso de Austria donde al final se le condenaba a dicho Estado por prohibirse sin motivo objetivo ni razonable la fecundación heteróloga. Si en España se permitiera por el legislador de cara a un futuro la regulación legal de la gestación subrogada los padres comitentes podrían acudir a una madre gestante o a un tercer donante para que aporten la gestación por ellos y los gametos necesarios para la fecundación y esto solamente sería posible si se regulase la maternidad subrogada en nuestro país como técnica alternativa.

Por otro lado estaría el obstáculo de los costes económicos. En estos casos la solución solamente giraría entorno a la regulación de la técnica en nuestro país ya que se evitarían los costes de las familias de viajar fuera de nuestras fronteras para ser padres por comisión, el resto de gastos serían inevitables, es decir, los gastos derivados de los procedimientos de gestación subrogada que como bien se prevén en la Propuesta de Ley de gestación subrogada deben ser sufragados por los padres comitentes como gastos derivados de estos procesos. Por el motivo anterior, la solución sería una reducción de los gastos de desplazamiento fuera de nuestro país sin evitarse los costes de los procedimientos de maternidad subrogada que son inevitables y que prevé la Propuesta de Ley.

Y finalmente, el problema de la inscripción de la filiación derivada de la gestación subrogada en nuestro país. Este obstáculo se acabaría si el legislador en primer lugar regulase la técnica como alternativa a las de reproducción humana asistida conforme a la Propuesta de Ley de gestación subrogada presentada en el Congreso de los Diputados. Y, por otra parte, una vez que se aprobase la gestación subrogada si el Tribunal Supremo cambiase su doctrina jurisprudencial del reconocimiento de las filiaciones derivadas de la gestación subrogada reconociendo por fin la filiación que es resultante del acuerdo de maternidad subrogada se evitaría sobre todo que un niño no tenga reconocido un nombre o una nacionalidad por el simple hecho de su nacimiento mediante la gestación subrogada siendo esta última situación en caso de que no cambie la doctrina del Alto Tribunal para acomodarse a la posible regulación legal del contrato contraria a la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 en su art.7.1.

## **BIBLIOGRAFÍA BÁSICA**

### **Bibliografía de autores**

GARCÍA PÉREZ, Carmen L., en *Comentarios a la Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*. Thomson. Aranzadi. Navarra. 2007.

IGAREDA GONZÁLEZ, Noelia, “ *El hipotético derecho a la reproducción*”, Departamento de Ciencia Política y Derecho Público, Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 2011.

JARUFE CONTRERAS, Daniela en *Tratamiento legal de las filiaciones no biológica en el ordenamiento jurídico español: adopción versus técnicas de reproducción humana asistida*. Dykinson. Madrid. 2003.

LACRUZ BERDEJO, José, *Elementos de Derecho Civil*, IV, Madrid, 1989.

PÉREZ MONGE, Marina, en *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*. Centro de Estudios Registrales. Madrid. 2002.

Revista de Derecho Político, AAVV en “ *Algunas reflexiones constitucionales sobre el Derecho a la Reproducción Humana y las Nuevas Técnicas de Reproducción Asistida*”, núm 26, Madrid, 1988.

VELA SÁNCHEZ, Antonio J. *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*. Editorial Comares. Granada, 2012.

### **Informes consultados.**

Informe del Comité de Bioética de España sobre *Los Aspectos Éticos y Jurídicos de la Maternidad Subrogada*, Bilbao, 2017.

Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación “ *in vitro*” y la Inseminación Artificial Humanas. Congreso de los Diputados. Gabinete de Publicaciones, Madrid, 1987.

### **Legislación consultada.**

Instrumento de ratificación del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativa a la venta, a la prostitución infantil y a la utilización de niños en la pornografía, hecho en Nueva York el 25 de mayo de 2000. Publicado en *BOE N°27, de 31 de enero de 2002, págs.3917 a 3921*.

Ley de Gestación Subrogada de California publicada de forma oficial en <https://www.iflg.net/california-surrogacy-law-to-takeeffect-jan-1/>.

Ley de Gestación Subrogada de Portugal, Ley 25/2016 publicada de forma oficial en <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/75177806/details/maximized>.

Ley 6037 de Nueva York sobre la Maternidad Subrogada publicada de forma oficial en <http://lawfilesexternal.wa.gov/biennium/2017-18/Pdf/Bills/Senate%20Bills/6037.pdf#page=1>.

Ley de Illinois sobre la Maternidad Subrogada, Ley C - 750 ILCS publicada de forma oficial en <http://lawfilesexternal.wa.gov/biennium/2017-18/Pdf/Bills/Senate%20Bills/6037.pdf#page=1>.

Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación. Presentada por el Grupo Parlamentario de Ciudadanos. Publicada en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, núm 145-1.

Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Publicado en BOE núm.126, de 27/05/2006.

### **Jurisprudencia consultada:**

#### **Jurisprudencia española:**

Tribunal Constitucional ( Pleno). Sentencia núm.215/1994 de 14 de julio.

TC ( Pleno) Sentencia núm. 116/1999 de 17 de junio.

STS ( Sala de lo Civil), Sentencia núm. 835/2013 de 6 de febrero.

#### **Jurisprudencia europea:**

STEDH ( Sección 1ª) Caso S.H contra AUSTRIA. Sentencia de 1 de abril de 2010. TEDH 2010/56.

STEDH ( Sección 5ª) Caso Foulon y Bouvet contra Francia. Sentencia de 21 de julio de 2016.