



universidad  
de león



**FACULTAD DE DERECHO**  
**UNIVERSIDAD DE LEÓN**  
**CURSO 2021/2022**

**LA GESTACIÓN SUBROGADA: ANÁLISIS**  
**ÉTICO Y JURÍDICO**  
**SURROGACY: ETHICAL AND LEGAL**  
**ANALYSIS**

**MÁSTER EN ABOGACÍA**

AUTORA: DÑA. CERRADA PÉREZ, AMANDA

TUTOR: D. PARDO PRIETO, PAULINO CÉSAR



universidad  
de león



## ÍNDICE

RESUMEN/ <i>ABSTRACT</i> Y PALABRAS CLAVE.....	1
OBJETO.....	3
METODOLOGÍA.....	5
1. Que es la gestación subrogada: Concepto y tipos.....	7
2. El problema ético en la gestación subrogada. La dignidad de la mujer gestante.....	14
3. La gestación subrogada ante el Derecho español.....	21
3.1 Legislación aplicable.....	21
3.2 Desde la resolución y la instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado hasta la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil.....	26
3.3 Jurisprudencia española y europea sobre gestación subrogada.....	43
3.3.1 Jurisprudencia del Tribunal Supremo español.....	43
3.3.2 Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.....	50
3.3.3 Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	52
CONCLUSIONES.....	54
BIBLIOGRAFÍA.....	58



## RESUMEN

La gestación subrogada es aquella técnica de reproducción asistida, prohibida en España, a través de la cual una mujer se compromete mediante contrato previo a gestar un bebe en su vientre y a entregárselo en el momento del nacimiento a otra persona o pareja. Desde un punto de vista genético podemos diferenciar entre gestación subrogada parcial, donde la gestante aporta sus óvulos siendo así también la madre biológica del niño, o total, cuando los óvulos provienen de la madre de intención o en su defecto de una donante. También, desde una perspectiva económica, podemos distinguir entre gestación subrogada altruista, cuando la gestante no percibe ningún beneficio económico, o comercial, cuando si lo percibe.

Los argumentos éticos en contra de esta técnica más frecuentes son la explotación, la comercialización, la cosificación, el abuso de poder y el daño psicológico. Por otro lado, los argumentos favorables más comunes son la autonomía y libertad, el derecho a reproducirse y a elegir como y la ayuda proporcionada a personas infértiles o que no pueden tener hijos biológicos de forma natural por otros motivos.

La gestación subrogada queda regulada en España expresamente por el artículo 10 de la LTRHA, que la prohíbe, por la DGRN y por múltiple jurisprudencia tanto española como del TEDH y del TJUE, e indirectamente por la Ley 20/2011 del Registro Civil, al regular cómo se deben realizar los asientos en el Registro Civil español a que den lugar las relaciones de Derecho internacional privado.

**Palabras clave:** Gestación subrogada, contrato, asiento, Registro Civil, padres de intención, comitentes, gestante, inscripción, filiación, certificación registral.

## ABSTRACT

Surrogacy is that assisted reproduction technique prohibited in Spain, through which a woman undertakes by prior contract to carrying a baby in her womb and to deliver it at the time of birth to another person or couple. From a genetic point of view we can differentiate between partial surrogacy, where the surrogate mother contributes her eggs



universidad  
de León



being also the biological mother of the child, or total, when the eggs come from the mother of intention or failing that from a donor. Also, from an economic perspective, we can distinguish between altruistic surrogacy, when the woman does not perceive any economic benefit, or commercial, when she does perceive it.

The most frequent ethical arguments against it are usually exploitation, commercialization, objectification, abuse of power, and psychological harm. On the other hand, the most common favorable arguments are autonomy and freedom, the right to reproduce and to choose as and the help provided to infertile people.

Surrogacy is regulated in Spain expressly by article 10 of the LTRHA, which prohibits it, by the DGRN and by multiple jurisprudence both Spanish and the ECHR and the CJEU, and indirectly by Law 20/2011 of the Civil Registry, when regulating how the entries in the Spanish Civil Registry must be made to which the relations of Private International Law give rise.

**Keywords:** Surrogacy, contract, entry, Civil Registry, parents of intention, principals, pregnant, inscription, filiation, registration certification.



## OBJETO

En este trabajo se analiza desde un punto de vista ético y legal la gestación subrogada en España, técnica de reproducción humana asistida prohibida en nuestro país en el artículo 10 de la LTRHA, mediante la cual una mujer se compromete mediante contrato previo a gestar un bebe en su vientre y a entregárselo en el momento del nacimiento a otra persona o pareja de cualquier sexo.

El Trabajo de Fin de Máster está enfocado a resolver cuestiones como, ¿es ética la gestación subrogada? ¿debería permitirse en nuestro país? ¿es suficiente la legislación española actual? ¿Qué debe priorizarse ante situaciones de gestación subrogada en el extranjero por nacionales españoles? Cuestiones que se verán resueltas, bajo mi punto de vista, en las conclusiones finales del trabajo.

Para poder resolver todas estas preguntas, realizo un análisis de la legislación, jurisprudencia y doctrina acerca de la gestación subrogada. Comienzo explicando qué es la gestación subrogada y qué formas de llevarla a cabo podemos encontrar. Posteriormente analizo el problema ético que surge en torno a esta figura, pues es una técnica de reproducción humana asistida muy controvertida a nivel global, sobre todo por el papel que juega la mujer gestante. Los argumentos éticos en contra de esta técnica más frecuentes son la explotación de la mujer gestante, la comercialización que se hace con él bebe, la cosificación a la que se ven expuestos tanto la gestante como el niño, el abuso de poder ejercido por los padres de intención sobre las gestantes, que por lo general son más jóvenes y se encuentran en peores condiciones económicas, y el daño psicológico que puede resultar tanto a la gestante como al niño en un futuro. Por otro lado, los argumentos favorables más comunes son la autonomía y libertad de la mujer gestante para decidir sobre su propio cuerpo y vida, el derecho, en este caso de los padres de intención, a reproducirse y a elegir como y, en virtud de esto último, la ayuda proporcionada a aquellas personas infértiles o que por cualquier otro motivo no pueden tener hijos biológicos de forma natural.



universidad  
de León



Mas tarde analizo tanto la legislación española al respecto (el artículo 10 de la LTRHA y la Ley 20/2011 del Registro civil) como la posición que adopta la Dirección General de los Registros y del Notariado y aquella jurisprudencia española y europea (Tribunal de Justicia de la Unión Europea y Tribunal Europeo de Derechos Humanos) dictada sobre el asunto.

La gestación subrogada es un tema de gran actualidad hoy en día, a la par que controvertido. Hay mucha variedad en cuanto a opiniones y en cuanto a legislaciones estatales, y esto provoca problemas internacionales toda vez que nacionales de países donde esta técnica está prohibida, como España, acuden a terceros países donde si se permite, como EE.UU o la India. Esta situación es abordada por el legislador, la jurisprudencia y la doctrina española desde múltiples puntos de vista, como el orden público español, el interés superior del menor o el respeto a nuestras leyes. De todo ello, al final del trabajo, se deducen las correspondientes conclusiones acerca de la tipicidad y legalidad de esta técnica.



## METODOLOGÍA

En este Trabajo de Fin de Máster, una vez explicado en que consiste la gestación subrogada y todas las formas de llevarla a cabo y analizado el problema ético que surge en torno a esta figura, he realizado un estudio doctrinal, legislativo y jurisprudencial, metodología propia de las ciencias jurídicas, acerca de esta polémica técnica de reproducción humana asistida, incluida la postura que la Dirección General de los Registros y del Notariado adopta ante esta en su resolución de 2009 y posterior instrucción de 2010.

Respecto a la doctrina, hago un repaso de los principales autores tanto a favor como en contra de la gestación subrogada, y como van analizando estos tanto el problema ético como la instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado y la legislación española al respecto.

En cuanto a la legislación española aplicable sobre gestación subrogada, desarrollo fundamentalmente tanto el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de Mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, que la prohíbe, como los artículos de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, que afectan de manera indirecta a la gestación subrogada por regular cómo se deben realizar los asientos en el Registro Civil español a que den lugar las relaciones de Derecho internacional privado.

En lo que respecta a la Dirección General de los Registros y del Notariado, analizo tanto su resolución de 18 de febrero de 2009, mediante la que estima las pretensiones de inscripción de la filiación en el Registro Civil español de un matrimonio de hombres valenciano que había tenido gemelos mediante gestación subrogada en California, como su posterior Instrucción, de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación subrogada en el extranjero.

Por último, en cuanto a la jurisprudencia, analizo tanto la sentencia dictada en primera instancia (2010) como en segunda instancia (2011), y la dictada por el Tribunal Supremo en recurso de casación (2014), respecto al caso del matrimonio valenciano mencionado en el párrafo anterior. Así mismo, analizo las sentencias del Tribunal



universidad  
de León



Supremo de 25 de octubre de 2016 y de 16 de noviembre de 2016, que versan sobre el tratamiento que debe darse al reconocimiento de prestaciones de Seguridad Social en favor de los padres de intención. Hago también un repaso de las principales sentencias dictadas sobre la materia tanto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.





## 1. Que es la gestación subrogada: Concepto y tipos

La gestación subrogada es uno de los temas bioéticos más polémicos del momento, debido a que ya no es necesaria la procreación humana para engendrar un hijo, y, sobre todo, por las consecuencias que tiene en las relaciones de maternidad y filiación, provocando un cambio en la forma que habían sido entendidas y reguladas hasta ahora<sup>1</sup>.

En la doctrina podemos encontrar numerosas formas de dar significado a la gestación subrogada, también llamada “gestación por sustitución” o, más vulgarmente, “vientre de alquiler”. Una de las primeras definiciones que pudimos encontrar fue la de Coleman, para quien la maternidad subrogada es una nueva aplicación de la técnica de inseminación artificial que resulta en el nacimiento de un niño con un nexo biológico unilateral a la pareja infértil. La gestante es una mujer fértil que pacta mediante contrato que se la insemine artificialmente con el semen de un hombre casado con otra mujer, gestar el niño y darlo a luz o procrearlo para, una vez nacido el niño, renunciar a su custodia en favor del padre biológico, además de declinar todos sus derechos de filiación sobre el niño para que la esposa del hombre con cuyo semen fue inseminada lo adopte<sup>2</sup>.

Como podemos observar, esta definición ha quedado obsoleta para nuestra época, pues supone que la gestación subrogada debe realizarse a través de la técnica de inseminación artificial, los comitentes o padres de intención, que son las personas que desean traer un niño al mundo y ponen en marcha el proceso de gestación subrogada<sup>3</sup>, deben ser una pareja heterosexual casada y, la gestante, quien lleva al bebe en su vientre y lo da a luz, debe aportar sus propios gametos. Además, la pareja no debe poder tener

---

<sup>1</sup> SOSPEDRA FONTANA, Alejandro, *La gestación subrogada en España*, 23 de Junio de 2018, consultado el 22 de octubre de 2021 de <http://idibe.org/wp-content/uploads/2018/07/CIJ-1.pdf>

<sup>2</sup> COLEMAN, Phyllis, *Surrogate motherhood: analysis of the problems and suggestions for solutions*, *Tennessee Law Review*, 1982, N° 50, pp. 71-118.

<sup>3</sup> BRASCH, Joel & ALVAREZ, Natalia, *¿Cuáles son los diferentes tipos de gestación subrogada?*, 5 de Julio de 2019, consultado el 1 de septiembre de 2021 de <https://babygest.com/es/tipos-de-subrogacion/>



hijos de forma natural y debe ser el padre comitente o de intención quien aporte su material genético. Así mismo, respecto a la filiación, para Coleman esta pertenece inicialmente a la gestante, quien tras el parto la cede en favor de la madre comitente para que pueda adoptar al bebe, además de renunciar a la custodia en favor del padre biológico.

En la actualidad, ni la pareja comitente debe estar casada ni ser heterosexual, de hecho es muy común encontrarse con parejas homosexuales que recurren a esta técnica reproductiva (tampoco es necesario que sea una pareja, puesto que puede ser una única persona, hombre o mujer, el comitente), ni es obligatorio que la gestante aporte sus gametos, de hecho esto casi nunca ocurre, siendo lo más habitual hoy en día que los gametos los aporte la madre comitente o en su defecto una tercera mujer, para evitar así futuros conflictos. Tampoco se exige que la pareja comitente sea infértil, y por lo tanto no pueda tener hijos de la forma tradicional, ni que el padre comitente aporte el material genético, pudiendo este ser aportado por otro hombre distinto. Respecto a la filiación, lo más común es que sea concedida a los padres comitentes o biológicos por medio de un contrato con la gestante antes de proceder con la técnica de reproducción asistida que da lugar a la concepción, por lo que esta nunca será poseedora de los derechos de filiación sobre el bebe, ni por lo tanto de su custodia (razón por la cual llamarla gestante y no madre gestante).

Con el paso del tiempo han ido surgiendo otras definiciones que reflejan de un modo más fiel qué es la gestación subrogada hoy en día. En este sentido, podemos encontrar la definición aportada por Brazier, que entiende por gestación subrogada aquella práctica mediante la cual una mujer lleva a cabo un embarazo para otra/s persona/s como resultado de un contrato o acuerdo, previo a la concepción, de que el niño debe ser entregado a esa/s persona/s después de nacer<sup>4</sup>. Así mismo, podemos encontrar la descripción que nos brinda Gómez Sánchez, para quien se llama gestación subrogada o vientre de alquiler a la técnica de reproducción asistida que genera el nacimiento de un

---

<sup>4</sup> BRAZIER, Margaret, *Surrogacy: Review for Health Ministers of current arrangements for payments and regulation*, Londres, Stationery Office, 1998, pág. 14.



niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o contrato mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido en favor de otra mujer que figurará como madre de éste<sup>5</sup>, o el Informe Warnock de Reino Unido, delegado por el Departamento de Educación y Ciencia a una Comisión de expertos presidida por Mary Warnock, que nos define la gestación subrogada como la práctica mediante la cual una mujer gesta o lleva en su vientre un niño para otra mujer, con la intención de entregárselo tras su nacimiento<sup>6</sup>.

La definición más completa de las expuestas es la de Brazier, puesto que, aunque más actualizadas que la de Coleman, las otras dos no contemplan la posibilidad de que la pareja comitente esté compuesta por dos hombres o que incluso el comitente sea un solo hombre. En la línea de Brazier tenemos también a Pérez Monge quien, con la intención de elaborar una definición más amplia y que contemple todas las formas o tipos posibles de gestación subrogada de los que más adelante hablaremos, define esta como aquel contrato oneroso o gratuito por el cual una mujer gesta a un bebe y se compromete a entregar al recién nacido a los padres comitentes (una persona o pareja, casada o no, siendo indiferente el sexo), que podrán aportar o no sus gametos; y en este último caso, los gametos pueden proceder de donante (masculino y/o femenino) o los femeninos incluso de la propia mujer gestante<sup>7</sup>, siendo esto cada vez menos frecuente por los motivos que más adelante explicaré.

La Unión Europea elaboró en 2013 un estudio comparativo sobre el régimen de gestación subrogada en los Estados miembros de la UE, donde de manera concisa la

---

<sup>5</sup> GOMEZ SANCHEZ, Yolanda, *El derecho a la reproducción humana*, Madrid, Marcial Pons, 1994, pág. 136.

<sup>6</sup> Informe Warnock sobre fertilización humana y embriología, Reino Unido, 1984.

<sup>7</sup> PÉREZ MONGE, Marina, *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 2002, pág. 329.



define como una práctica en la que una mujer queda embarazada con la intención de dar al niño a otra persona al nacer<sup>8</sup>.

Por mi parte, al margen de que luego existan diferentes modalidades de esta, entiendo que la gestación subrogada es una técnica de reproducción asistida en la cual una mujer, a la que llamamos gestante, se compromete mediante contrato previo a la concepción a gestar un bebe en su vientre y a entregárselo en el momento del nacimiento a otra persona o pareja (no importa el sexo), que denominamos “comitente” y desde el primer momento, antes incluso del embarazo, han obtenido los derechos de filiación sobre él.

Dejando a un lado el concepto de gestación subrogada, podemos reconocer varias modalidades de esta:

Desde un punto de vista genético, podemos distinguir entre dos tipos de gestación subrogada. La diferencia entre ambos reside en el origen de los óvulos empleados:

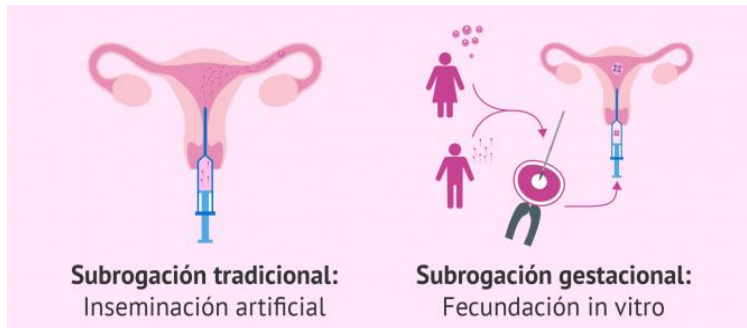
- **Gestación subrogada tradicional o parcial:** La gestante aporta los óvulos. Así, también es la madre biológica además de ser la gestante.
- **Gestación subrogada completa o total:** La gestante no tiene ningún vínculo biológico con el bebé porque los óvulos provienen de la madre de intención o, en su defecto, de una donante.

En el caso de la modalidad tradicional, una inseminación artificial es generalmente suficiente. Por el contrario, en la modalidad completa, la fecundación *in vitro* es obligatoria<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> BRUNET, L., CARRUTHERS, J., DAVAKI, K., KING, D., MARZO, C., MCCANDLESS, J. A., *Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States*, Unión Europea, 2013, pág. 12.

<sup>9</sup> BRASCH, Joel & ALVAREZ, Natalia, *¿Cuáles son los diferentes tipos de gestación subrogada?*, 5 de Julio de 2019, consultado el 1 de septiembre de 2021 de <https://babygest.com/es/tipos-de-subrogacion/>



**Figura 1:** Gestación subrogada tradicional y gestación subrogada completa<sup>10</sup>.

La forma tradicional de gestación subrogada, donde la gestante aporta sus óvulos, no es la más habitual, puesto que la mujer gestante está biológicamente emparentada con el niño y puede usar esto para reclamar derechos sobre él. Tanto para los padres de intención como para la gestante es más conveniente que los óvulos procedan de la madre comitente o de una tercera mujer donante en su defecto, ya que los padres comitentes estarán más protegidos por la ley en cuanto a derechos sobre el bebé se refiere y la gestante no tendrá ese vínculo emocional con el niño puesto que al fin y al cabo se tiene que desprender de él llegado el momento del nacimiento.

Desde un punto de vista económico, sin importar el origen de los óvulos, también podemos distinguir entre dos tipos de gestación subrogada, según la existencia o no de un beneficio económico para la gestante:

- **Gestación subrogada altruista:** La mujer gestante no recibe ningún tipo de cuantía económica que le suponga un beneficio económico, sin embargo los gastos generados por el embarazo van a ser sufragados por los padres de intención, que deberán correr con los gastos legales y médicos, además de los asociados al propio embarazo y al bienestar de la gestante durante el mismo,

<sup>10</sup> BRASCH, Joel & ALVAREZ, Natalia, *¿Cuáles son los diferentes tipos de gestación subrogada?*, ibídem.



como ropa premamá, alimentación especial, etc<sup>11</sup>. Solo será por tanto indemnizada económicamente por aquellos gastos concretos provocados por el embarazo, por lo que no existe enriquecimiento o beneficio económico, es tan solo un reembolso.

Respecto a esta modalidad, es importante señalar que no es fácil encontrar a una mujer voluntaria, dispuesta a llevar a cabo un embarazo sin recibir un beneficio a cambio. El embarazo es un estado que conlleva alteraciones en el cuerpo, tanto físicas como internas, y éstas resultarán incómodas, molestas y, en ocasiones, darán lugar a problemas de salud y secuelas graves. Por este motivo, es más frecuente que la modalidad altruista se de en un contexto íntimo, cuando la mujer que se ofrece a llevar el embarazo lo hace para un familiar o amigo cercano. En efecto, una mujer del círculo cercano de los padres de intención suele sentir un mayor nivel de empatía respecto a su problema de fertilidad<sup>12</sup>.

- **Gestación subrogada comercial:** La gestante, además de ver cubiertos los gastos provenientes del embarazo, recibe una cuantía económica a mayores por el esfuerzo físico y emocional que implica el embarazo, lo que le supone un enriquecimiento o beneficio económico.

Estar embarazada es un período de grandes transformaciones en la vida de una mujer. Este estado supone un gran esfuerzo, ya que tiene que controlar su alimentación y modificar su actividad física y laboral hasta el nacimiento del bebé. Por esta razón, aunque estemos ante una gestación subrogada de tipo comercial, no se trata de una retribución por la entrega del bebé o el embarazo propiamente dicho, sino más bien de un resarcimiento por las consecuencias de

---

<sup>11</sup> BRASCH, Joel & ALVAREZ, Natalia, *¿Cuáles son los diferentes tipos de gestación subrogada?*, ibídem.

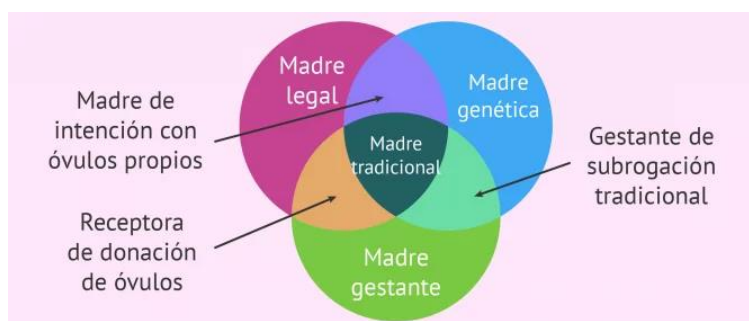
<sup>12</sup> BRASCH, Joel & ALVAREZ, Natalia, *¿Cuáles son los diferentes tipos de gestación subrogada?*, ibídem.



este, que corresponde al tiempo empleado, a las molestias e incomodidades que puedan producirse y a los riesgos potenciales de la gestación.

En los países que permiten y regulan esta práctica reproductiva, la compensación o beneficio económico suele estar limitado por la ley, con el fin de evitar que se comercialice con el cuerpo de la mujer y que se desarrolle un mercado poco ético en torno a la gestación subrogada. Desde una perspectiva ideal, el dinero no debería ser la única motivación de las candidatas, debería ser más bien una recompensa por su solidaridad y su deseo de ayudar a los demás<sup>13</sup>, aunque esto en muchas ocasiones no ocurra, sobre todo en países como Ucrania o la India donde las mujeres gestantes en su gran mayoría recurren a esta técnica para ganar algo de dinero, debido a las condiciones de necesidad en las que se encuentran.

Hoy en día no podemos concebir la maternidad de una sola forma. Antes ser madre, excepto en la adopción, significaba aportar la carga genética, gestar y cuidar legalmente al niño, pero esto ya no tiene por qué ser así. Con el paso de los años la tecnología ha cambiado nuestra forma de ver el mundo y la maternidad es uno de estos sectores afectados debido a los avances de la medicina reproductiva. Hace años era inviable pensar que una mujer pudiese gestar en su vientre un niño que no fuese biológicamente suyo, tanto para otra persona (gestación subrogada) como para sí misma (donación de óvulos). A esto podemos llamarlo maternidad fragmentada.



<sup>13</sup> BRASCH, Joel & ALVAREZ, Natalia, *¿Cuáles son los diferentes tipos de gestación subrogada?*, ibídem.





**Figura 2:** Maternidad fragmentada desde la perspectiva de la gestación subrogada<sup>14</sup>.

Si analizamos el concepto de maternidad fragmentada desde la perspectiva de la gestación subrogada, la madre legal del niño será en cualquier caso la madre de intención, que es la que desea tenerlo e inicia el proceso de la subrogación (no olvidemos que también puede ser solo un hombre o una pareja de hombres quien inicie el proceso de gestación subrogada, y en este caso sólo habría padre o padres legales). La madre gestante será la mujer que lo lleve en su vientre durante los nueve meses que dura el embarazo, a la que llamamos simplemente la gestante o mujer gestante. Y la madre genética (quién aporta los ovulos) será, en el caso de la gestación subrogada tradicional, que como ya dije es la menos frecuente hoy en día, la gestante, y en el caso de la gestación subrogada completa, la madre de intención o en su defecto una tercera mujer donante de óvulos.

## **2. El problema ético en la gestación subrogada. La dignidad de la mujer gestante**

La gestación subrogada ha provocado un inmenso debate acerca de los numerosos problemas éticos que concita y en torno a los cuales encontramos opiniones tanto a favor como en contra. Algunos de los argumentos en contra más frecuentes están recogidos en el libro *The meaning of marriage: family, state, market, & morals*, publicado por Robert George y Jean Behtke Elshtain:

- Las mujeres pueden ser obligadas a aceptar la subrogación, por ejemplo, a través de la presión emocional, amenazas o promesas relativas a sus trabajos.
- Con respecto a la situación socioeconómica, los padres de intención suelen ser mayores, más ricos y más educados que las mujeres gestantes, lo que crea un fuerte desequilibrio de poder, que afecta tanto a la mujer como al niño.
- La subrogación implica un desapego psicológico por parte de las mujeres gestantes.

---

<sup>14</sup> BRASCH, Joel & ALVAREZ, Natalia, *¿Cuáles son los diferentes tipos de gestación subrogada?*, ibídem.





- Los estudios médicos y psicológicos resaltan la importancia de los vínculos creados durante el embarazo entre la madre y el bebé así como su mantenimiento para el posterior desarrollo del niño. A largo plazo, las consecuencias que la gestación subrogada puede acarrear sobre el niño pueden ser similares a las de los niños abandonados por sus madres.
- En la subrogación, el niño es tratado como una mercancía, objeto de un acuerdo legal. El objetivo de la gestación subrogada es cumplir el deseo de los adultos para permitir que satisfagan su deseo de tener un hijo a cualquier precio.
- En la subrogación, la mujer alquila su cuerpo. Esto debería, como mínimo, alertarnos de la posibilidad de que la subrogación sea una nueva forma de explotación y trata de mujeres<sup>15</sup>.

Para estos autores, la gestación subrogada supone una explotación de la mujer como consecuencia de la utilización de las mujeres pobres por las ricas o, a causa del turismo reproductivo, como consecuencia de la utilización de las mujeres de los países del tercer mundo o periféricos por las mujeres de países del primer mundo. Sin perjuicio de que también puede conllevar a situaciones de abuso respecto de el o los comitentes, generalmente desesperados por tener un hijo. Así, los acuerdos de subrogación comercial plantean problemas de manipulación forzada en ambos sentidos<sup>16</sup>.

Karen Smith y Nicole Bromfield, autoras también posicionadas en contra de la gestación subrogada, mantienen que los cuerpos de las mujeres se venden internamente y en el mercado internacional para el tráfico sexual, y parece inevitable que esta

---

<sup>15</sup> GEORGE, Robert & BEHTKE ELSHTAIN, Jean, *The meaning of marriage: family, state, market, & morals*, Nueva York, Spence Pub, 2006, pp. 102-113.

<sup>16</sup> GEORGE, Robert & BEHTKE ELSHTAIN, Jean, *The meaning of marriage: family, state, market, & morals*, ibídem.



delincuencia organizada cambie al mercado de la subrogación y la venta de la capacidad reproductiva de las mujeres<sup>17</sup>.

Bajo esta misma línea, Peter Singer sostiene que la gestación subrogada supone una cosificación de la mujer en virtud de que la gestante se convierte en un mero “ambiente” o “incubadora humana” para el hijo de otro. Esta cosificación atenta contra la libertad y autonomía de las mujeres, debido a que éstas no consienten libremente. Afirma que es discutible si las mujeres están eligiendo libremente, o si su voluntad está social y económicamente influenciada<sup>18</sup>.

Pero, además, aunque no sea remunerada (en su mayoría amigas o parientes), se discute hasta qué punto las presiones familiares pueden atacar ese libre consentimiento forzando a la mujer a acceder a la gestación subrogada. Por otro lado, altruista u onerosa, esta atenta contra la salud física de la mujer, en tanto el procedimiento puede afectar la salud de la gestante, y contra su integridad psíquica, pues las gestantes no pueden de antemano predecir cuáles serán sus actitudes y sentimientos hacia los niños que den a luz<sup>19</sup>.

En España, el Comité de Bioética publicó en mayo de 2017 un informe sobre los aspectos éticos y jurídicos de la gestación subrogada, en el cual concluye:

- Todo contrato de gestación subrogada entraña una explotación de la mujer y un daño a los intereses superiores del menor y, por tanto, no puede aceptarse por principio.

---

<sup>17</sup> SMITH ROTABI, Karen & BROMFIELD, Nicole, *Will Global Surrogacy Be Regulated*, 7 de Julio de 2010, consultado el 18 de septiembre de 2021 de <https://rewirenewsgroup.com/article/2010/07/07/will-global-surrogacy-regulated/>

<sup>18</sup> SINGER, Peter, *The Reproduction Revolution. New Ways Of Making Babies*, California, Oxford, 1984, pp. 211-222.

<sup>19</sup> McLACHLAN, Hugh & SWALES, John, Why commercial surrogate motherhood unethically commodifies women and children, *Health Care Analysis*, 2000, N° 8, pp. 19-26.



- Las desgraciadas experiencias de países en los que esta práctica ha puesto crudamente de manifiesto la explotación a la que son sometidas las mujeres gestantes es una razón fuerte para que España defienda, en el seno de la comunidad internacional, la adopción de medidas dirigidas a prohibir la celebración de contratos de gestación subrogada a nivel internacional<sup>20</sup>.

Además de este informe, en España la Organización Médica Colegial ha incluido en su código deontológico una valoración acerca de los problemas éticos que suscita la gestación subrogada, manifestando que esta es contraria a la deontología médica por considerarla un atentado contra la dignidad de la mujer y el interés superior del menor<sup>21</sup>.

Así pues, como podemos observar, la explotación, la comercialización, la cosificación, el abuso de poder económico y los daños psicológicos producidos tanto a la madre como al niño, son los argumentos más utilizados por autores y por organizaciones para atacar desde la ética a la gestación subrogada.

Al igual que existen argumentos éticos en contra de la gestación subrogada, también existen a favor de la misma. Los argumentos más repetidos por los autores que defienden la gestación subrogada son la autonomía y libertad de la mujer gestante para decidir sobre su propio cuerpo y vida, el derecho que toda persona tiene a reproducirse y a elegir cómo, y, al hilo de esto último, la ayuda que se proporciona a personas que de otra forma no pueden tener hijos biológicos y este es su deseo.

Los argumentos basados en la libertad reproductiva aseveran el derecho a la autodeterminación personal y por lo tanto el derecho a la elección reproductiva, que garantizaría la libre decisión del sujeto a procrear o no, elegir cuándo, con quién y cómo hacerlo. En tanto la libertad del sujeto es una regla, cualquier limitación a ella debería ser considerada una excepción. Negar el acceso a una técnica de reproducción asistida tan válida como otra cualquiera de las que sí están permitidas, sería establecer una clase

---

<sup>20</sup> Informe sobre “Aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada” del Comité de Bioética de España, Mayo, 2017.

<sup>21</sup> Código Deontológico de la Organización Médica Colegial de España, Noviembre, 2018.



de discriminación hacia las personas que desean llevarla a cabo, ya sea porque quieren o porque es su única opción, que no estaría amparada por los textos internacionales<sup>22</sup>.

Uno de los argumentos éticos más empleado en contra de la gestación subrogada es el que postula que utilizar el cuerpo de la mujer como medio para obtener un hijo es inmoral, es una forma más de apropiación, control, dominación y explotación de la mujer. Frente a esta postura extrema, los defensores de esta técnica contraargumentan apelando a la libertad de las mujeres que deciden ser gestantes de usar su cuerpo para lo que ellas consideren apropiado, pudiendo elegir y asumiendo la responsabilidad de sus actos libremente<sup>23</sup>.

Los detractores también argumentan que en casos de extrema vulnerabilidad y pobreza algunas mujeres pueden ser reclutadas y explotadas aprovechándose de sus difíciles situaciones, para usarlas como medio para gestar y parir hijos. Sin embargo, en opinión de Camacho, este problema no es ajeno a otros similares, en donde algunas mujeres en situaciones de dificultad económica deben trabajar en tareas no tan gratas o “alquilando” su cuerpo para sobrevivir. Las objeciones morales deberían ser también aplicables a estos otros casos<sup>24</sup>. Es el caso por ejemplo de aquellas mujeres que trabajan en la prostitución, siendo el proxenetismo en España ilegal, si bien la prostitución en sí no lo es. Además, en caso de permitirse la gestación subrogada, la explotación por parte de terceros quedaría prohibida, así como queda prohibido el proxenetismo.

Otro argumento que los partidarios tratan de refutar es que el valor de intercambio dado por el dinero en la gestación subrogada mercantiliza a los seres humanos, y un hijo no puede ser un medio para obtener otra cosa. Desde la ética kantiana podría pensarse que

---

<sup>22</sup> MARTÍN CAMACHO, Javier, Maternidad Subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores, *Bioethics*, 2009, N° 24, pp. 56-62.

<sup>23</sup> MARTÍN CAMACHO, Javier, Maternidad Subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores, *ibídem*.

<sup>24</sup> MARTÍN CAMACHO, Javier, Maternidad Subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores, *ibídem*.



si un ser humano fuese creado y utilizado como medio para obtener dinero, esto sería objetable y considerado inmoral, pero declaran que este no es el caso de la gestación subrogada, y que el problema está en la conceptualización y en lo que se entiende por gestación subrogada, ya que en dicha práctica el niño no es creado para obtener dinero, como explicaré a continuación y, por lo tanto, no es un medio para obtener otra cosa. Si bien es cierto que hay una entrega de dinero en la mayoría de los casos de gestación subrogada, ver ese aspecto solamente sin mencionar y ponderar todas las demás circunstancias es simplificar excesivamente el proceso y la práctica<sup>25</sup>.

En la gestación subrogada, el niño es creado con el fin de entregárselo a una persona o personas, los padres comitentes (que comúnmente son además padres biológicos), que han acudido a esta técnica de reproducción asistida bien porque quieren o bien, como ocurre en la mayoría de ocasiones, porque es su única alternativa para poder tener un hijo biológico, siendo este el caso por ejemplo de parejas infértiles u homosexuales. Independientemente del motivo por el que acudan a esta técnica de reproducción asistida, estos padres desean tener un hijo, cuidarlo y protegerlo, y este es el único motivo por el que dicho niño viene al mundo, y no el dinero. Ciertamente es que habitualmente la mujer gestante obtiene una suma de dinero, pero esta se justifica en concepto de compensación por su labor solidaria, por las cargas y por los riesgos que conlleva un embarazo, y no por puro enriquecimiento, siendo que en la mayoría de países que permiten la gestación subrogada comercial dicha cuantía está tasada con unos máximos.

En cuanto al argumento en oposición a la gestación subrogada que postula que esta solo es accesible para personas con un elevado nivel adquisitivo, los defensores de esta técnica contraargumentan que esto efectivamente ocurre pero es así porque para llevar a cabo dicha técnica de reproducción asistida hay que acudir al extranjero, ya que en España es ilegal, lo cual eleva notablemente su coste, por lo que no es un problema ético sino más bien legal. Por otro lado, este hecho también afecta a otras técnicas de

---

<sup>25</sup> MARTÍN CAMACHO, Javier, Maternidad Subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores, *ibídem*.



reproducción asistida no cubiertas por el sistema nacional de salud, no es un problema exclusivo de la gestación subrogada<sup>26</sup>.

Merece ser destacada en este sentido, la opinión expuesta en su voto particular del Informe del Comité de Bioética de España sobre la gestación subrogada, ya analizado, por el vocal Carlos María Romeo Casabona, quien afirma que como punto de partida, la gestación subrogada no está desprovista de valores éticos que deben ser reconocidos y promovidos, si somos capaces de eliminar o reducir al mismo tiempo otros que, al menos por algunos sectores, son rechazados y que podrían desmerecer aquellos valores. En efecto, no podemos negar que puede promover -cierto, no siempre- la solidaridad entre las personas, así como el altruismo. Se sostiene con frecuencia que estos valores sólo son imaginables entre personas allegadas previamente entre sí, en particular si son familiares, pues solo entre ellas podemos presumir que se actúe por solidaridad y con altruismo<sup>27</sup>.

La ley no debe regular la conducta humana de acuerdo a la moral, como proclamó hace más de 150 años John Stuart Mill, pues la moralidad convencional no debe limitar la libertad de las personas cuando sus conductas no dañen a otros<sup>28</sup>. Personalmente considero que el Derecho español debería permitir la gestación subrogada, y si tanto los padres comitentes como la mujer gestante, por los motivos que sea, deciden libre y voluntariamente someterse a esta técnica de reproducción asistida, la ley no debería intervenir en ello más que para imponer y asegurar que determinados derechos de la mujer gestante, de los padres de intención y del futuro menor sean reconocidos y respetados.

---

<sup>26</sup> NÚÑEZ CALONGE, Rocío, *Aspectos éticos de la gestación subrogada*, 8 de abril de 2019, consultado el 6 de octubre de 2021 de <https://www.rocionunez.com/pdfs/ASPECTOS%20C3%89TICOS%20DE%20LA%20GESTACI%C3%93N%20SUBROGADA%20V.1.pdf>

<sup>27</sup> NÚÑEZ CALONGE, Rocío, *Aspectos éticos de la gestación subrogada*, ibídem.

<sup>28</sup> LAMM, Eleonora, *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Barcelona, Publicacions y edicions de la Universitat de Barcelona, 2013, pág. 248.



### 3. La gestación subrogada ante el Derecho español

#### 3.1 Legislación aplicable

España cuenta con regulación sobre esta materia desde hace más de treinta años. Concretamente la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida establecía en su artículo 10:

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

2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”<sup>29</sup>.

Esta ley fue modificada parcialmente por la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, y ambas, a su vez, fueron derogadas por la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA), actualmente en vigor. Sin embargo, en ninguna de estas dos intervenciones del legislador sobre la materia, consideró necesario modificar la regulación relativa a la gestación subrogada establecida en aquella primera ley de 1988<sup>30</sup>, siendo que todas estas leyes que han ido regulando a lo largo del tiempo en España, entre otras cosas, la gestación subrogada, han seguido la misma línea prohibitiva en lo que a esta se refiere.

La Ley 14/2006, de 26 de Mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, es la última reforma realizada en materia de reproducción asistida y supone la derogación expresa de todas las disposiciones normativas que se le opongan, y en particular de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida, pionera en la materia y que abría expectativas y esperanzas en el tratamiento de la esterilidad frente a

---

<sup>29</sup> Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Boletín Oficial del Estado, 24 de noviembre de 1988, número 282, pp. 33373 a 33378.

<sup>30</sup> SOSPEDRA FONTANA, Alejandro, *La gestación subrogada en España*, 23 de Junio de 2018, consultado el 22 de octubre de 2021 de <http://idibe.org/wp-content/uploads/2018/07/CIJ-1.pdf>





otros métodos poco adecuados o ineficaces; y de la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, por la que se modifica parcialmente la ley de 1998, y cuyo objetivo principal era resolver el problema grave y urgente de la acumulación de preembriones humanos sobrantes (Disposición Derogatoria única)<sup>31</sup>.

En lo que se refiere a la gestación subrogada, pues esta ley también regula otras técnicas de reproducción asistida, el artículo 10 de la LTRHA establece:

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

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

3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”<sup>32</sup>.

Podemos observar cómo tanto el primer como el segundo párrafo coinciden exactamente con los del artículo 10 de aquella ley de 1988, siendo la única novedad la introducción del apartado tercero. Procediendo a realizar un análisis de la norma, el artículo 10 LTRHA determina en su párrafo primero 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 en favor del contratante o de un tercero. Es decir, la regla es la nulidad de pleno derecho de los contratos de gestación subrogada, tanto altruistas como comerciales. No hay pues vínculo, derecho ni obligación que pueda derivar de tal

---

<sup>31</sup> BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, De nuevo sobre la reproducción humana asistida en España. Análisis jurídico-sanitario de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, *Revista de la Escuela de Medicina legal*, 2008, Nº 9, pp. 22-42.

<sup>32</sup> Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Boletín Oficial del Estado, 27 de mayo de 2006, número 126, pp. 19947 a 19956.





contrato<sup>33</sup>. Es por ello que la mujer gestante no asume ninguna obligación de entregar al recién nacido tras el parto, ni de indemnizar al o los comitente en caso de incumplimiento, aunque se le hayan entregado determinadas cantidades por razón de la gestación. La norma adopta una postura totalmente contraria a la gestación subrogada, y procura, a través de la nulidad, que estos acuerdos no se celebren<sup>34</sup>.

Si aun con todo esto el contrato se celebra, como la operación consumada no puede deshacerse, la ley determina quién es la madre, cuestión resuelta en el párrafo segundo de este artículo en el sentido de que la filiación de los hijos nacidos por gestación subrogada será determinada por el parto, lo que recoge y potencia la regla *mater semper certa est*<sup>35</sup>, expresión latina que significa “la madre es siempre conocida” y que presume que la mujer que gesta y alumbró al niño es la madre a efectos jurídicos<sup>36</sup>.

Queda conforme al artículo 10.3 LTRHA a salvo la acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, a través de las normas generales españolas de determinación legal de la filiación reguladas en los artículos 764 y ss de la LEC. Este apartado deja abierta la posibilidad de que se establezca la filiación con respecto al padre biológico, es decir, el Derecho español, a través del artículo 10.3 LTRHA, permite que los niños no queden sin una filiación biológica paterna establecida. Pero el establecimiento de esta paternidad no es automático o inmediato, pues requiere reclamarla acudiendo a los tribunales<sup>37</sup>.

---

<sup>33</sup> MONTÉS PENADÉS, Vicente Luis, La reproducción humana asistida en la experiencia jurídica española, *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, 2003, Nº 7, pp. 5-22.

<sup>34</sup> LAMM, Eleonora, *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Barcelona, Publicacions y edicions de la Universitat de Barcelona, 2013, pág 72.

<sup>35</sup> LAMM, Eleonora, *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, ibídem.

<sup>36</sup> GONZÁLES PÉREZ DE CASTRO, Maricela, *La verdad biológica en la determinación de la filiación*, Madrid, Dykinson, 2013, pág 329.

<sup>37</sup> LAMM, Eleonora, *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Barcelona, Publicacions y edicions de la Universitat de Barcelona, 2013, pág 72.



En síntesis, la opción de política legislativa consiste en privar al contrato de efectos jurídicos y establecer la relación de filiación con respecto a la mujer gestante, con independencia de que el óvulo o embrión del que procede el niño sea suyo o no. El contrato es jurídicamente nulo y como tal no puede ser alegado ante los tribunales; en caso de incumplimiento por parte de una gestante que se negase a entregar al niño, el contrato no tendría ningún valor y la otra parte contratante no podría exigirle la entrega. Incluso aunque se dé un cumplimiento voluntario por parte la gestante, la filiación materna quedaría determinada por el parto, lo que quiere decir que aun en caso de que las pruebas genéticas pudiesen demostrar una relación genética entre el niño y la mujer comitente que hubiese aportado sus óvulos, eso no tendría ningún significado jurídico<sup>38</sup>.

En cuanto al ámbito penal, el Código Penal español no tipifica expresamente como delito la gestación subrogada, no obstante, las conductas que integra sí pueden dar lugar a la comisión de dos de los delitos tipificados en el artículo 220 del Código Penal, siendo estos la suposición de parto (comitente que se atribuye el hijo que, legalmente, lo es de la gestante) y la ocultación o entrega de hijo (gestante que lo entrega al o los comitentes), o a uno del artículo 221 del Código Penal si mediara contraprestación económica, siendo este la compraventa de niños<sup>39</sup>. Asimismo, si se practica en España, la gestación subrogada podría ser considerada como una infracción muy grave y ser penalizada con una multa de entre 10.000 y 1.000.000 de euros, además de imponer la clausura o el cierre de los centros o servicios en los que se haya practicado dicha técnica de reproducción asistida<sup>40</sup>.

---

<sup>38</sup> LEMA AÑÓN, Carlos, El futuro de la regulación jurídica española sobre reproducción asistida y embriones: problemas pendientes y Constitución. En: CAMBRÓN INFANTE, Ascensión (coord.), *Reproducción asistida: promesas, normas y realidad*, Madrid, Trotta, 2001, pp. 15-56.

<sup>39</sup> LAMM, Eleonora, *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Barcelona, Publicacions y edicions de la Universitat de Barcelona, 2013, pág 72.

<sup>40</sup> FARNÓS AMORÓS, Esther, Surrogacy arrangements in a global world: the case of Spain, *International Family Law*, 2013, N° 1, pp. 68-72.



Algunos autores como Maria del Rosario Díaz Romero, Ignacio Benítez Ortúzar o Santiago Álvarez Gonzalez consideran que la normativa española actual acerca de la gestación subrogada solo señala la nulidad de este tipo de contratos, pero no impone ninguna otra sanción a quienes intervienen en él<sup>41</sup>. Para solucionar esta controversia y otras muchas que surgen en torno a esta figura, el poder legislativo español debería regular la gestación subrogada de forma más exhaustiva, pues como hemos podido observar tan solo se regula en un único artículo de la LTRHA, y de forma laxa y meramente prohibitiva, sin entrar en detalles fundamentales como que ocurre con las personas que llevan a cabo esta técnica en nuestro país a pesar de su prohibición o con aquellos españoles que acuden al extranjero para practicarla y después vuelven a España con los menores. La mejor opción legislativa, bajo mi punto de vista, sería regularla o bien de forma más exhaustiva dentro de la LTRHA o bien de forma independiente en otra ley.

Si bien esta prohibición y nulidad de la gestación subrogada recogida en el artículo 10 de la LTRHA provoca la imposibilidad de recurrir a esta práctica en España, como acabo de decir, los ciudadanos españoles recurren a ella en aquellos países en los que sí se permite y, a falta de normativa legal, la Dirección General de los Registros y del Notariado se vio obligada a dar una respuesta a esos casos de niños que, no obstante su prohibición en España, han nacido por gestación subrogada en otro país<sup>42</sup>, pues de otro modo estas situaciones quedarían en un limbo jurídico. Así, sostiene Velarde D' Amil que el deseo de formar una familia ha provocado una gran incertidumbre jurídica que obliga a los estudiosos del derecho a analizar ciertos aspectos de Derecho internacional

---

<sup>41</sup> DÍAZ ROMERO, Maria del Rosario, La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico, *Diario La Ley*, 2010, Nº 7527, pp. 1-15; BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio, Delitos relativos a la reproducción asistida. En: VIDAL MARTÍNEZ, Jaime (coord.), *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida*, Granada, Comares y Ministerio de Sanidad y Consumo, 1998, pp. 178 y ss.; ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago, Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2010, Nº 10, pp. 339-377.

<sup>42</sup> LAMM, Eleonora, *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Barcelona, Publicacions y edicions de la Universitat de Barcelona, 2013, pág. 78.



privado planteados a raíz del uso de esta técnica por ciudadanos españoles en países donde es admitida la misma<sup>43</sup>.

### **3.2 Desde la resolución y la instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado hasta la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil**

El primer caso que abrió la puerta y puso de manifiesto la problemática que genera el hecho de que los españoles recurran a la gestación subrogada en el extranjero es el de un matrimonio homosexual valenciano, casados desde octubre de 2005, que acudió a la gestación subrogada en Los Ángeles, California, naciendo gemelos. Esta pareja, por los motivos que ahora explicaré, no pudo inscribir el nacimiento de los gemelos como hijos de ambos en el Registro Consular de España en el Estado de California, tras haberlo solicitado el 7 de noviembre de 2008. Cabe decir que en el certificado de nacimiento sólo constaba que los padres de los gemelos eran los dos hombres.

Con fecha de 10 de noviembre de 2008, el canciller encargado del Registro Civil consular dictó auto denegando la inscripción de la filiación, alegando, entre otras cosas, que el contrato era nulo de pleno derecho y que debía considerarse madre legal de los niños a la gestante, y que resultaba imposible que los dos hombres fueran los padres de los niños, por ser necesaria para la procreación la concurrencia de una mujer que aporte sus óvulos y que lleve a cabo la gestación. No se cumplían, de esta manera, dos de los tres requisitos establecidos en el artículo 23 de la Ley del Registro Civil: el de la conformidad con la ley española y el de la realidad del hecho inscrito. El tercer requisito que si se cumplía es el de estar en posesión de certificado del Registro extranjero<sup>44</sup>.

---

<sup>43</sup> VELARDE D' AMIL, Yvette, Comentario a la sentencia de la Audiencia provincial de Valencia núm. 949/ 2011: no inscripción en el registro civil de los menores nacidos mediante gestación por sustitución, *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, 2012, Nº 3, pp. 61-70.

<sup>44</sup> Un amplio comentario de estos hechos puede verse en LAMM, Eleonora, *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Barcelona, Publicacions y edicions de la Universitat de Barcelona, 2013, pp. 78 y 79



Frente al auto denegando la inscripción, el matrimonio recurrió a la Dirección General de los Registros y del Notariado, que mediante resolución de 18 de febrero de 2009 estimó el recurso interpuesto por los esposos contra la negativa del encargado del Registro Civil consular español en Los Ángeles<sup>45</sup>. Los argumentos aportados por la DGRN fueron los siguientes:

Primeramente, puesto que la filiación de los gemelos ya había sido determinada en otro país, la DGRN consideró inaplicable el artículo 10 LTRHA, pues no se trata en este caso de determinar una filiación, sino del acceso al Registro español de una filiación ya determinada. Esto exige una comprobación, por tanto, meramente formal, lo que excluye toda posible investigación sobre la realidad del hecho inscrito<sup>46</sup>.

Entiende la DGRN que al encontrarnos ante un caso de inscripción en el Registro Civil español mediante aportación de una certificación registral extranjera en la que consta el nacimiento y la filiación de los nacidos, ha de aplicarse el mecanismo previsto por el artículo 81 del Reglamento del Registro Civil, el cual nos dice que el documento auténtico, sea original o testimonio, sea judicial, administrativo o notarial, es título para inscribir el hecho del que da fe. También lo es el documento auténtico extranjero, con fuerza en España con arreglo a las leyes o a los tratados internacionales<sup>47</sup>.

Díaz Romero nos indica sobre este asunto que el acceso de las certificaciones registrales extranjeras al Registro Civil español debe valorarse no a través de la aplicación del derecho sustantivo español, ni a través de las normas de conflicto españolas, sino a través de las normas específicas que en Derecho español disciplinan el acceso de las certificaciones registrales extranjeras al Registro Civil. La certificación registral

---

<sup>45</sup> LAMM, Eleonora, *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Barcelona, Publicacions y edicions de la Universitat de Barcelona, 2013, pág. 79.

<sup>46</sup> ALBERT MÁRQUEZ, Marta María, Los contratos de gestación de sustitución celebrados en el extranjero y la nueva Ley del Registro Civil, *Diario La Ley*, 2012, N° 7863, pp. 1-14.

<sup>47</sup> LAMM, Eleonora, *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Barcelona, Publicacions y edicions de la Universitat de Barcelona, 2013, pág. 80.



extranjera constituye una decisión adoptada por las respectivas autoridades y en cuya virtud se constata el nacimiento y la filiación del nacido. Por ende, visto que existe una decisión extranjera en forma de certificación registral, el acceso de la misma al Registro Civil constituye no una cuestión de derecho aplicable, sino una cuestión de validez extraterritorial de decisiones extranjeras en España, en este caso, una cuestión de acceso de las certificaciones registrales. El art 81 del Reglamento del Registro Civil excluye, por tanto, la utilización de las normas españolas de conflicto de leyes y, en concreto, la del artículo 9.4 CC, y la aplicación de la ley sustantiva a la que tales normas de conflicto españolas pudieran conducir, como la LTRHA. Las normas de conflicto españolas y las normas sustantivas designadas por ellas son solo aplicables a los supuestos que surgen ante las autoridades españolas sin que haya sido dictada una decisión por autoridad pública extranjera. En síntesis, son aplicables en el presente caso las normas jurídicas españolas que regulan el acceso al Registro Civil de las certificaciones registrales extranjeras, esto es, el artículo 81 reglamento del Registro Civil, y no las normas de conflicto españolas ni las normas sustantivas españolas que determinan la filiación<sup>48</sup>.

En segundo término, la DGRN consideró que la inscripción en el Registro Civil del nacimiento y de la filiación de los nacidos en California en favor de dos hombres no vulnera el orden público español, ya que en nuestro derecho se permite que la filiación de un hijo conste en el Registro Civil a favor de dos mujeres, personas también del mismo sexo (artículo 7.3 LTRHA). Por esta razón, no permitir que la filiación de los nacidos conste en favor de dos varones resultaría discriminatorio por una razón de sexo, lo que está radicalmente prohibido por el artículo 14 CE<sup>49</sup>.

Contrario a esto, Farnós Amorós nos dice que la diferencia de trato está justificada porque se basa en situaciones desiguales, ya que por razones biológicas las parejas de

---

<sup>48</sup> DÍAZ ROMERO, María del Rosario, La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico, *Diario La Ley*, 2010, N° 7527, pp. 1-15.

<sup>49</sup> LAMM, Eleonora, *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Barcelona, Publicacions y edicions de la Universitat de Barcelona, 2013, pág. 81.





dos mujeres no necesitan recurrir a otra mujer que lleve a cabo la gestación<sup>50</sup>. Bajo mi punto de vista, la DGRN tiene razón e impedir que la filiación de un niño conste en favor de dos varones sería discriminatorio por razón de sexo, puesto que, aunque dos mujeres no necesiten recurrir a otra para llevar a cabo la gestación como nos indica Farnós, esto puede ocurrir igualmente y en ese caso se presupone que el niño nacido en el extranjero y cuya filiación ya ha sido determinada en favor de las madres de intención en dicho país, ha sido dado a luz por una de ellas cuando no es así, facilitándoseles injustamente con respecto a dos hombres la inscripción en el registro civil de la filiación del bebé. Lo mismo ocurre con una pareja heterosexual, que a pesar de haber acudido a la gestación subrogada en el extranjero se puede presuponer que el niño nacido y cuya filiación ya ha sido determinada allí en favor de la pareja comitente, ha sido dado a luz por la madre, cuando tampoco es así. Es por esto que el primer caso que puso de manifiesto la problemática que genera el hecho de que los españoles recurran a la gestación subrogada en el extranjero fue el de una pareja de hombres homosexuales, porque hasta ese momento se suponía que la filiación determinada en el país extranjero correspondía al parto de la madre, tanto en parejas homosexuales de dos mujeres respecto de una de ellas como en parejas heterosexuales, pero cuando esta pareja de hombres trató de registrar a sus gemelos en el Registro Civil al ser dos hombres esto no se pudo presuponer y saltaron las alarmas con respecto a esta práctica.

Argumenta la DGRN, además, que la filiación por parte de dos hombres no vulnera la estructura básica de la sociedad española, ya que está admitida en caso de adopción. Sostiene que si los hijos adoptados pueden tener dos padres varones y la ley no distingue entre hijos adoptados e hijos naturales, los hijos naturales pueden tener dos padres varones también<sup>51</sup>.

---

<sup>50</sup> FARNÓS AMORÓS, Esther, Acceso a la reproducción asistida por parejas del mismo sexo en España: estado de la cuestión, propuestas y retos, *Revista de derecho de familia*, 2011, Nº 49, pp. 153-181.

<sup>51</sup> LAMM, Eleonora, *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Barcelona, Publicacions y edicions de la Universitat de Barcelona, 2013, pág. 81.



En tercer lugar, el argumento más relevante de la DGRN para admitir la inscripción de la filiación prescindiendo de una norma prohibitiva como es el vigente artículo 10 LTRHA es el interés superior de los niños, que pretende evitar su falta de filiación cuando ya se encontraban en territorio español. La resolución de la DGRN afirma también que el interés superior del menor se traduce en el derecho a una identidad única, que se traduce a su vez en el derecho a disponer de una filiación única válida en varios países, y no de una filiación en un país y de otra filiación distinta en otro país, de modo que sus padres sean distintos cada vez que cruzan una frontera. Así pues, la inscripción de la certificación registral californiana en el Registro Civil es el modo más efectivo para dar cumplimiento a este derecho de los niños a su identidad única por encima de las fronteras estatales<sup>52</sup>.

Finalmente, para la DGRN no cabe afirmar que los interesados hayan incurrido en un fraude de ley, pues estos no han utilizado una norma de conflicto ni tampoco cualquier otra norma con el fin de eludir una ley imperativa española. No se ha alterado el punto de conexión de la norma de conflicto española, mediante, por ejemplo, un cambio artificioso de la nacionalidad de los nacidos para provocar la aplicación de la ley de California mediante la creación de una conexión existente pero ficticia y vacía de contenido con el Estado de California. Tampoco se puede afirmar para esta que los interesados hayan incurrido en el conocido como *Forum Shopping* fraudulento al haber puesto la cuestión de la determinación de la filiación en manos de las autoridades californianas con el fin de eludir la ley imperativa española<sup>53</sup>.

Al poco tiempo de haber sido dictada, la resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009 fue impugnada en sede judicial, y la sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010, estimó íntegramente la demanda interpuesta por el Ministerio Fiscal y ordenó dejar sin efecto la inscripción de la

---

<sup>52</sup> LAMM, Eleonora, *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Barcelona, Publicacions y edicions de la Universitat de Barcelona, 2013, pp. 81 y 82.

<sup>53</sup> LAMM, Eleonora, *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Barcelona, Publicacions y edicions de la Universitat de Barcelona, 2013, pág. 82.





filiación de los gemelos en favor de ambos hombres. Respecto a la no aplicación del artículo 10 de la LTRHA por la exigencia de una comprobación meramente formal de lo inscrito en el Registro extranjero, argumenta la sentencia que no es posible perder de vista el hecho de que el artículo 81 RRC es una norma que desarrolla otra de rango superior, a saber, el artículo 23 LRC, cuyo tenor literal advierte que los asientos en el Registro Civil “también podrán practicarse, sin necesidad de previo expediente, por certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros, siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la ley española”. Esto implica, en opinión del juez, la necesidad de un control no solo formal, sino también material, es decir, un control de la realidad del hecho inscrito en el Registro extranjero y de su legalidad conforme a la ley española. En cuanto a la violación del artículo 14 CE, el juez consideró que la negativa a la inscripción no era discriminatoria porque no se basaba en la condición de varones de los solicitantes, sino en el propio origen del nacimiento, que era un contrato de gestación subrogada celebrado en fraude de ley. Es decir, la misma consecuencia se daría tanto en el caso de que la inscripción fuera promovida por dos mujeres como cuando lo fuera por una mujer o un varón solo o por una pareja heterosexual. Por último, si bien el juez consideró innegable que el interés superior de los niños aconsejaba la inscripción de su doble paternidad en España, pareció remitirlos a la adopción al afirmar que el ordenamiento jurídico español tiene medios suficientes para conseguir esa concordancia (del registro español y extranjero) y que los hijos consten a nombre de los dos varones casados. Señala el juez que la consecución de ese fin no legitima actuaciones contrarias al propio ordenamiento jurídico, sino que el resultado debe conseguirse a través de las vías que el Derecho español establece<sup>54</sup>.

Pero este caso no fue el único, la gestación subrogada a nivel internacional comenzó a suponer para España un incipiente problema a resolver, debido a la aparición cada vez de más casos requiriendo la inscripción en el Registro Civil de niños nacidos en el

---

<sup>54</sup> LAMM, Eleonora, *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Barcelona, Publicacions y edicions de la Universitat de Barcelona, 2013, pp. 82-84.



extranjero mediante esta técnica, y es por ello que la DGRN elaboró la Instrucción, de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación subrogada en el extranjero, a través de la cual se determinan las pautas a seguir para la calificación por los encargados del Registro Civil de las solicitudes de inscripción de nacimiento formuladas por ciudadanos españoles respecto de los menores nacidos en el extranjero como consecuencia del uso de la técnica de gestación subrogada<sup>55</sup>.

La instrucción manifiesta que, atendiendo a la finalidad de dotar de plena protección jurídica el interés superior del menor, así como de proteger otros intereses también presentes en los supuestos de gestación subrogada, resulta necesario establecer los criterios que determinen las condiciones de acceso al Registro Civil de los nacidos en el extranjero mediante esta técnica de reproducción asistida. Dicha protección constituye el objetivo esencial de la instrucción, contemplado desde una perspectiva global, lo que implica, al menos, abordar tres aspectos igualmente importantes:

En primer lugar, los instrumentos necesarios para que la filiación tenga acceso al Registro Civil cuando uno de los progenitores sea de nacionalidad española, como vía de reconocimiento a efectos registrales de su nacimiento; en segundo lugar, la inscripción registral en ningún caso puede permitir que con la misma se dote de apariencia de legalidad supuestos de tráfico internacional de menores; y, en tercer lugar, la exigencia de que no se vulnere el derecho del menor a conocer su origen biológico, según se expresa en el artículo 7, número 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, artículo 12 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional, así como en sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1999. Así mismo, también nos indica que junto a los del menor, deben valorarse otros intereses presentes en los contratos de gestación subrogada,

---

<sup>55</sup> Instrucción, de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. Boletín oficial del estado, 7 de octubre de 2010, número 243, pp. 84803 a 84805.



especialmente la protección de las mujeres que se prestan a dicha técnica de reproducción, renunciando a sus derechos como madres<sup>56</sup>.

Consiguientemente, el objetivo de esta instrucción es dar una respuesta unánime a los múltiples recursos interpuestos por ciudadanos españoles contra resoluciones de los encargados de los Registros Civiles consulares de nuestro país denegando la inscripción de niños nacidos mediante contratos de gestación subrogada, en aquellos países en los cuales esta técnica de reproducción humana asistida es legal<sup>57</sup>. Consiste en proveer un marco de protección que permita el acceso al Registro Civil de los nacidos en el extranjero mediante gestación subrogada y que garantice que la voluntad de la gestante es libre, que no se trata de un caso de tráfico de menores y que no se imposibilita el derecho del niño al conocimiento de su origen biológico<sup>58</sup>.

La instrucción de la DGRN cambia el procedimiento a seguir en este asunto, al requerir necesariamente una resolución judicial para el acceso al Registro Civil de la inscripción registral extranjera. Así, para asegurar la protección de los intereses mencionados anteriormente, la instrucción exige como requisito previo a la inscripción en el Registro Civil de los nacidos en el extranjero mediante gestación subrogada, la presentación ante el encargado de dicho registro de una resolución judicial dictada por el tribunal competente extranjero en la cual se determine la filiación del niño.

La obligatoriedad de presentar una resolución judicial del país extranjero donde se ha practicado la gestación subrogada tiene como finalidad:

---

<sup>56</sup> Instrucción, de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, *ibídem*.

<sup>57</sup> VELARDE D' AMIL, Yvette, Comentario a la sentencia de la Audiencia provincial de Valencia núm. 949/ 2011: no inscripción en el registro civil de los menores nacidos mediante gestación por sustitución, *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, 2012, Nº 3, pp. 61-70.

<sup>58</sup> LAMM, Eleonora, *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Barcelona, Publicacions y edicions de la Universitat de Barcelona, 2013, pág 85.



- Controlar que se cumplan los requisitos de perfección y contenido del contrato respecto del marco legal del país donde se ha formalizado.
- Comprobar la plena capacidad jurídica y de obrar de la mujer gestante, la eficacia legal del consentimiento prestado por no haber incurrido en error sobre las consecuencias y el alcance del mismo, ni haber sido sometida a engaño, violencia o coacción, y la eventual previsión y/o posterior respeto a la facultad de revocación del consentimiento o cualesquiera otros requisitos previstos en la normativa legal del país de origen.
- Verificar que no existe simulación en el contrato de gestación subrogada que encubra el tráfico internacional de menores<sup>59</sup>.

Cuando el encargado del Registro Civil considere que la resolución judicial extranjera fue dictada en el marco de un procedimiento jurisdiccional de naturaleza contenciosa, denegará la inscripción de la resolución en el Registro Civil, pues tal resolución extranjera requerirá un previo exequátur de ésta de acuerdo a lo establecido en la ley de Enjuiciamiento Civil; en cambio si la resolución judicial extranjera ha sido dictada como consecuencia de un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, no es preciso acudir a un reconocimiento judicial por homologación (exequátur) previo a la inscripción registral<sup>60</sup>, si bien el encargado del Registro Civil controlará incidentalmente, como requisito previo a su inscripción, si tal resolución judicial puede ser reconocida en España. En dicho control incidental deberá constatar:

- La regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualesquiera otros documentos que se hayan presentado.
- Que el tribunal de origen haya basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española.

---

<sup>59</sup> LAMM, Eleonora, *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Barcelona, Publicacions y edicions de la Universitat de Barcelona, 2013, pág 86.

<sup>60</sup> LAMM, Eleonora, *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, ibídem.



- Que se hayan garantizado los derechos procesales de las partes, en particular, los de la mujer gestante.
- Que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la mujer gestante. En especial, deberá comprobar que el consentimiento de esta última se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia, y que tiene capacidad natural suficiente.
- Que la resolución judicial es firme y que los consentimientos prestados son irrevocables, o bien, si estuvieran sujetos a un plazo de revocabilidad conforme a la legislación extranjera aplicable, que éste hubiera transcurrido, sin que quien tenga reconocida tal facultad de revocación, la hubiera ejercitado<sup>61</sup>.

Volviendo al caso anterior, el matrimonio valenciano apeló la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia en la que se deniega la inscripción de la filiación en favor de ambos hombres respecto de sus dos hijos gemelos nacidos mediante gestación subrogada en California, pero los requisitos de la instrucción de la DGRN sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación subrogada en el extranjero, especialmente el relativo a la resolución judicial extranjera, lamentablemente según la Audiencia Provincial de Valencia no estaban presentes en el caso, y es por ello que la sentencia número 826/2011 de la Audiencia Provincial de Valencia, de 23 de noviembre de 2011, confirmó la de la instancia inferior que resolvía la demanda interpuesta por el ministerio fiscal y ordenó de nuevo dejar sin efecto la inscripción de la filiación<sup>62</sup>. La Audiencia Provincial de Valencia menciona como principal motivo para desestimar el recurso la infracción del orden público español en virtud del art 10 de la LTRHA, y además también alude al interés superior del menor, señalando que este no se ve vulnerado pues existen otras vías para el reconocimiento de

---

<sup>61</sup> Instrucción, de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. Boletín oficial del estado, 7 de octubre de 2010, número 243, pp. 84803 a 84805.

<sup>62</sup> LAMM, Eleonora, *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Barcelona, Publicacions y edicions de la Universitat de Barcelona, 2013, pág 87.



la filiación como es la del artículo 10.3 LTRHA, mencionado anteriormente, o la vía de la adopción (artículos 175 y ss del Código Civil). Posteriormente, en la Sentencia de 6 de febrero de 2014, el Tribunal Supremo español desestimó el recurso de casación interpuesto por esta pareja y volvió a denegar la inscripción de la filiación de los dos niños, por los motivos que explicaré en el apartado siguiente dedicado a la jurisprudencia.

La instrucción de la DGRN ha sido objeto de numerosas críticas por parte de la doctrina española que voy a tratar de sintetizar. Se critica que la instrucción ofrece una solución puntual para casos concretos, en detrimento de la seguridad jurídica. Lasarte Álvarez mantiene que la instrucción es contraria a la legislación vigente, técnica y axiológicamente hablando, pues en realidad pretende que cuanto la ley excluye sea admisible por vía reglamentaria, resolviendo, aunque solo sea aparentemente, problemas que no deben ser objeto de ocurrencias ministeriales de urgencia<sup>63</sup>. Por su parte, Farnós Amorós sostiene que si en último término se pretenden otorgar efectos jurídicos a la gestación subrogada, la respuesta debe venir exclusivamente del legislador, a través de una reforma del artículo 10 LTRHA que regularice los contratos de gestación subrogada celebrados cumpliendo las garantías mínimas que el legislador considere necesarias de acuerdo con los principios de nuestro ordenamiento<sup>64</sup>. A su vez Pérez Monge, en la misma línea que los dos autores anteriores, nos señala que es el legislador quien debe limitar la práctica, o bien regularla, antes de permitirla en fraude de ley, a fin de evitar esta discordancia entre la dicción legal y la realidad<sup>65</sup>.

También en esta dirección, Vela Sánchez defiende que la instrucción de la DGRN es nula por infringir flagrantemente el principio de jerarquía normativa del ordenamiento

---

<sup>63</sup> LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, La reproducción asistida y la prohibición legal de maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria, *Diario La Ley*, 2012, N° 7777, pp. 1-15.

<sup>64</sup> FARNÓS AMORÓS, Esther, Acceso a la reproducción asistida por parejas del mismo sexo en España: estado de la cuestión, propuestas y retos, *Revista de derecho de familia*, 2011, N° 49, pp. 153-181.

<sup>65</sup> PÉREZ MONGE, Marina, Cuestiones actuales de la maternidad subrogada en España: regulación versus realidad, *Revista de derecho privado*, 2010, N° 94, pp. 41-64.





jurídico español, en cuanto que el Ministerio de Justicia, a través de la Dirección General de los Registros y del Notariado, ha optado erróneamente por considerar que las normas reglamentarias pueden emplearse arbitrariamente en contra del derecho vigente, vulnerando gravemente el sistema de fuentes constitucionalmente establecido y garantizado, pues el artículo 9.3 de la Carta Magna garantiza la jerarquía normativa, así como también hace el artículo 1.2 CC, que nos dice que carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior<sup>66</sup>.

De Verda y Beamonte, en virtud del carácter de orden público de la norma del artículo 10 LTRHA, postula que no es que la instrucción pretenda atribuir ciertos efectos jurídicos a una institución prohibida por el Derecho español, sino que está proponiendo la recepción sustantiva de la misma, lo que no parece admisible<sup>67</sup>.

También es una crítica recurrente que la instrucción de la DGRN podría ser inconstitucional por ir contra el principio fundamental de igualdad ante la ley de todos los españoles que recoge la Constitución en su artículo 14<sup>68</sup>, puesto que para el mismo acto, y en virtud de requisitos algunos ajenos a la voluntad de los padres comitentes (como es por ejemplo una resolución judicial o la garantía de los derechos procesales de las partes), unos españoles podrán inscribir la filiación de sus recién nacidos en el Registro Civil mientras que otros por el contrario no.

Autores como Farnós Amorós la critican por alentar el turismo reproductivo. Este autor reprocha que se ha abierto una vía irregular para dar respuesta a conductas prohibidas

---

<sup>66</sup> VELA SANCHEZ, Antonio José, De nuevo sobre la regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España. A propósito de la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011, *Diario La Ley*, 2012, N° 7815, pp. 1-12.

<sup>67</sup> DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón, Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010), *Diario La Ley*, 2010, N° 7501, pp. 1-14.

<sup>68</sup> VELA SANCHEZ, Antonio José, De nuevo sobre la regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España. A propósito de la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011, *Diario La Ley*, 2012, N° 7815, pp. 1-12.



por el ordenamiento jurídico español, lo que puede acabar fomentando el desplazamiento de parejas españolas hacia países que permiten la gestación subrogada<sup>69</sup>.

Respecto a la exigencia de una resolución judicial extranjera de filiación de los recién nacidos por gestación subrogada, Calvo Caravaca y Carrascosa Gonzalez mantienen que la obligatoriedad de esta para poder acceder al Registro Civil es contraria a la ley por los siguientes motivos:

- Podría resultar discriminatoria por razón de filiación. Es decir, pueden ser inscritas directamente las actas registrales extranjeras de nacimiento si se refieren a niños nacidos en el extranjero sin haber recurrido a la técnica de gestación subrogada, pero no en estos casos, lo que perjudica a estos menores y los discrimina o hace de peor condición jurídica por su filiación. Esto no concuerda ni con el artículo 14 CE ni con los instrumentos legales internacionales que protegen el interés superior del menor y, por tanto, de todos los menores sin distinción alguna por razón de su filiación.
- Esta exigencia obliga a los promotores de la inscripción, que son los padres de intención, a judicializar, ante tribunales de un país extranjero, el nacimiento de los menores. En efecto, tales sujetos se ven obligados a acudir a un tribunal extranjero aun cuando no haya necesidad de ello por no haber litigio alguno o por no requerir el derecho extranjero, para acreditar la filiación del nacido, un pronunciamiento judicial (pues basta con que quede acreditado por las autoridades registrales extranjeras).
- Esta exigencia resulta de imposible aplicación cuando en el Estado extranjero en cuestión no existen procedimientos judiciales para acreditar la filiación de los menores nacidos mediante gestación subrogada<sup>70</sup>.

---

<sup>69</sup> FARNÓS AMORÓS, Esther, Acceso a la reproducción asistida por parejas del mismo sexo en España: estado de la cuestión, propuestas y retos, *Revista de derecho de familia*, 2011, N° 49, pp. 153-181.

<sup>70</sup> CALVO CARAVACA, Alfonso Luis & CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 5 de octubre de 2010, sobre





Por último, estos dos autores sostienen que los nacidos en el extranjero en virtud de gestación subrogada son españoles si concurren indicios racionales de su generación física por progenitor español, sin necesidad de ninguna sentencia judicial que así lo establezca. Mantienen que el artículo 17.1 CC acoge el criterio de la atribución de la nacionalidad mediante *ius sanguinis* y precisa, en efecto, que son españoles los nacidos de padre o madre españoles, no los hijos de españoles, que es algo muy diferente. Así, para considerar nacido de español a un niño, basta con que consten indicios racionales de su generación física por progenitor español, por ejemplo por posesión de estado o inscripción en el Registro Civil, español o extranjero, o por el hecho acreditado de que el nacido ha sido generado a partir de material genético de un ciudadano español. Es por esto que, si existen tales indicios racionales de la generación del menor por parte de un ciudadano de nuestro país, el niño nacido en el extranjero a través de la técnica de gestación subrogada debe ser considerado español (artículo 17.1.a CC), debe ser inscrito en el Registro Civil como tal y debe obtener su DNI y su pasaporte, como todo ciudadano, y si posteriormente se impugna su filiación tal y como aparece inscrita en el Registro Civil, se impugna entonces la filiación de un sujeto español, por lo que esta determinación/impugnación de dicha filiación se regirá por nuestro derecho, en sintonía con el artículo 9.4 CC. Para Calvo y Carrascosa, la DGRN ignora claramente la distinción entre sujetos hijos de españoles y sujetos nacidos de españoles, y olvida también el papel que desarrolla el artículo 9.4 CC en la cuestión<sup>71</sup>.

Gracias a esta instrucción se han inscrito niños españoles nacidos en el extranjero mediante gestación subrogada, dándoles así una salida jurídica. Si bien el camino legal abierto por la instrucción de la DGRN puede no ser de gran solidez jurídica, pues como vamos a ver a continuación ya existe una ley que la deroga, al menos en lo que son

---

régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, *Cuadernos de derecho transnacional*, 2011, Nº 1, Vol. 3, pp. 247-262.

<sup>71</sup> CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, Filiación. En: CALVO CARAVACA, Alfonso Luis & CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. (dirs.), *Derecho internacional Privado*, Granada, Comares, 2010, pp. 193-212.



contrarias, sienta un poderoso precedente, pues el registro de los niños es la primera ficha que cae en un efecto dominó que culminará, tarde o temprano, con la regulación de la gestación subrogada en España<sup>72</sup>. En consonancia, al admitirse la inscripción, en la jurisprudencia española se están empezando a reconocer otros efectos o derechos a los casos de gestación subrogada realizados en el extranjero, pues al haber sido inscritos los niños en el Registro Civil dos sentencias del Tribunal Supremo, que desarrollaré más detenidamente a continuación en el apartado dedicado a la jurisprudencia, han concedido la baja por paternidad y maternidad en favor de un comitente; la primera, a un hombre que acudió a la gestación subrogada en la India, mientras que la segunda a una mujer que acudió a esta técnica en San Diego (California)<sup>73</sup>. Así mismo, El Tribunal Supremo también ha reconocido el derecho de los progenitores a la prestación económica por maternidad o paternidad, que es el subsidio que otorga la Seguridad Social para compensar la pérdida de ingresos del trabajador a consecuencia del permiso de descanso adquirido por el nacimiento o adopción de un hijo. Anteriormente estos derechos habían sido denegados por el Ministerio de empleo y Seguridad Social a los padres por gestación subrogada. La Seguridad Social avalaba su criterio en que esta es una técnica prohibida en España, pero el Tribunal Supremo concluyó que lo importante es el interés superior del menor, que se vería desfavorecido si estos derechos son suprimidos.

Para terminar cuanto llevamos dicho hasta aquí, ha de señalarse que hoy todos esos aspectos vienen subsumidos en la nueva regulación aportada por la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. La problemática que suscita la gestación subrogada en nuestro país no aparece recogida de forma expresa en la nueva Ley del Registro Civil, ni tan siquiera en los diarios de sesiones de las comisiones en las que fue discutida, pero esta ley incluye en su título X normas de Derecho internacional privado a través de las

---

<sup>72</sup> LAMM, Eleonora, *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Barcelona, Publicacions y edicions de la Universitat de Barcelona, 2013, pág 94.

<sup>73</sup> LAMM, Eleonora, *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Barcelona, Publicacions y edicions de la Universitat de Barcelona, 2013, pág 95.



cuales se regula cómo se deben realizar los asientos en el Registro Civil a que den lugar las relaciones de Derecho internacional privado<sup>74</sup>.

No cabe duda de que la filiación de los hijos habidos en el extranjero mediante contrato de gestación subrogada es materia que, a partir de la entrada en vigor de la Ley 20/2011, deberá regularse por lo que en ella se disponga, al constituir el citado contrato una relación jurídica de Derecho internacional privado. Es por ello que dejará de aplicarse la instrucción de la DGRN, al menos en lo que fuera contraria a la nueva regulación, pues siendo el contenido de ambas diverso el conflicto entre las dos regulaciones habrá de resolverse a favor de la norma de mayor rango, más aún habida cuenta de que ésta acoge ahora específicamente la regulación de los problemas del Derecho internacional privado<sup>75</sup>.

Esta nueva Ley del Registro Civil introduce algunos cambios que indirectamente influyen en el tratamiento de la gestación subrogada internacional en España, reemplazando como ya he dicho el contenido provisional de la instrucción de la DGRN. No se exigirá a partir de su entrada en vigor una resolución judicial extranjera para realizar la inscripción, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 98.1 de dicha ley. Asimismo, en los casos en que la certificación registral extranjera constituya un mero reflejo de una resolución judicial previa, dejará de ser preciso el exequátur, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en el párrafo 2.2.º del citado artículo<sup>76</sup>. Continuando en la misma dirección, el artículo 98.1.c) sobre certificación de asientos extendidos en registros extranjeros, que impone el control sustantivo de acuerdo con la ley del lugar de dicho registro, se debe aplicar para reconocer los efectos jurídicos de los certificados de paternidad y maternidad emitidos

---

<sup>74</sup> LAMM, Eleonora, *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Barcelona, Publicacions y edicions de la Universitat de Barcelona, 2013, pág 99.

<sup>75</sup> ALBERT MÁRQUEZ, Marta María, Los contratos de gestación de sustitución celebrados en el extranjero y la nueva Ley del Registro Civil, *Diario La Ley*, 2012, N° 7863, pp 1-14.

<sup>76</sup> ALBERT MÁRQUEZ, Marta María, Los contratos de gestación de sustitución celebrados en el extranjero y la nueva Ley del Registro Civil, *ibídem*.



en los casos de gestación subrogada internacional. Ahora bien, esta disposición en relación con el artículo 96.2.d), que contiene el deber de respetar el orden público español, mantiene abierta la pregunta de su compatibilidad con la gestación subrogada y de si las autoridades españolas pueden seguir invocando el artículo 10 de la ley 14/2006 para denegar la inscripción<sup>77</sup>.

A colación de esto último, para la autora citada, el artículo 96.2.d) de la ley 20/2011 permite un reconocimiento incidental de las resoluciones judiciales extranjeras cuando la inscripción de la resolución no resulte manifiestamente incompatible con el orden público español, lo que significa que el nuevo precepto no impide una aplicación atenuada del orden público, de manera que, aun cuando la gestación subrogada está prohibida en España, el interés superior del niño, cuya filiación ha sido válidamente determinada conforme a un ordenamiento extranjero, debería permitir la inscripción de la resolución por la que se determina dicha filiación, siempre y cuando se cumplan las demás condiciones de reconocimiento que exige el artículo 96 de la nueva ley: la regularidad y autenticidad formal de los documentos presentados; que el tribunal de origen haya basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española; y que todas las partes hayan sido debidamente notificadas y con tiempo suficiente para preparar el procedimiento, condición esta última que, en supuestos de gestación subrogada, exigirá velar porque se respeten los derechos de la gestante, en especial que su consentimiento se haya obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia, y que tenga capacidad natural suficiente<sup>78</sup>.

---

<sup>77</sup> FARNÓS AMORÓS, Esther, Surrogacy arrangements in a global world: the case of Spain, *International Family Law*, 2013, Nº 1, pp 68-72.

<sup>78</sup> VAQUERO LÓPEZ, Carmen, *Maternidad subrogada, orden público y Ley del Registro Civil*, 27 de abril de 2012, consultado el 4 de enero de 2022 de <http://civil.blogs.lexnova.es/2012/04/27/maternidad-subrogada-orden-publico-y-ley-del-registro-civil/>



### 3.3 Jurisprudencia española y europea sobre gestación subrogada

#### 3.3.1 Jurisprudencia del Tribunal Supremo español

Nuestro Tribunal Supremo se ha pronunciado hasta en tres ocasiones sobre los efectos jurídicos que puede desplegar en nuestro país el hecho de que un español acuda a la técnica de gestación subrogada en un país extranjero en donde esta es legal.

Por orden cronológico, primero tenemos la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014, que versa sobre el reconocimiento de decisiones extranjeras sobre filiación en favor de los padres comitentes. Con esta sentencia, dictada por recurso de casación interpuesto por un matrimonio homosexual valenciano de dos hombres en relación a la filiación de sus dos hijos gemelos nacidos mediante gestación subrogada en California, caso que ya ha sido analizado en este trabajo, el Tribunal Supremo desestimó las pretensiones de los padres de intención y confirmó íntegramente las resoluciones de los tribunales inferiores (desarrolladas en el apartado anterior) denegando la inscripción de la filiación. El objeto de litis fue analizado por el Pleno del Tribunal Supremo desde tres perspectivas:

En primer lugar, el respeto al orden público español en el reconocimiento de decisiones extranjeras y su contravención por los contratos de gestación subrogada. El Tribunal Supremo indica que el problema planteado no remite al conflicto de leyes, sino al reconocimiento de actos jurídicos válidos según el derecho extranjero. Así, señala que existe una decisión por parte de una autoridad administrativa extranjera, adoptada conforme al derecho californiano, que inscribe el nacimiento de los niños y determina a su favor una filiación, y por tanto lo que debe resolverse es única y exclusivamente si esa decisión de una autoridad extranjera puede ser reconocida y, en consecuencia, desplegar sus efectos en el sistema jurídico español. Al respecto, el Tribunal Supremo argumenta que la legislación del Registro Civil exige que el control previo al reconocimiento en España de la decisión de la autoridad administrativa encargada del Registro Civil de California no quede restringido a los aspectos formales, sino que ha de extenderse a cuestiones de fondo, es decir, que no haya duda ni de la realidad del hecho



ni de su legalidad conforme a la ley española. Con esta premisa, el Tribunal Supremo entiende que los preceptos constitucionales no permiten admitir de forma generalizada la gestación subrogada, pues esta terminaría por vulnerar la dignidad de la mujer gestante y del niño; por mercantilizar la gestación y la filiación hasta “cosificar” a la mujer gestante y al niño; y por permitir el negocio de los intermediarios. A su juicio, no puede, además, admitirse que sólo quienes tengan elevados recursos puedan establecer relaciones paterno filiales vedadas a la mayoría de la población, lo cual fue expresamente tenido en cuenta por el legislador español al ponderar los intereses en juego y redactar el artículo 10 de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Por estos motivos, la filiación cuya inscripción se pretende resulta claramente incompatible con el orden público español, entendido éste como el sistema de derechos y libertades individuales garantizado en la Constitución y en los Convenios internacionales de Derechos humanos ratificados por España<sup>79</sup>.

En segundo lugar, la inexistencia de discriminación por razón de sexo u orientación sexual en la denegación de la inscripción de la filiación. La sentencia tampoco acepta que exista una discriminación por razón de sexo en perjuicio del matrimonio de ambos hombres, desestimando así el argumento de la DGRN que invocaba la aplicación analógica de la aceptación de la inscripción de la filiación en favor de dos mujeres cuando una de ellas se somete a un tratamiento de reproducción asistida y la otra es su cónyuge (artículo 7.3 LTRHA). A juicio del Tribunal Supremo, ambos supuestos son evidentemente diferentes, dado que en el supuesto enjuiciado ninguno de los integrantes del matrimonio ha llevado a cabo la gestación. La denegación de la inscripción resulta no por el sexo de los solicitantes, sino porque la filiación pretendida trae causa de una gestación subrogada contratada legalmente en California pero prohibida por el ordenamiento español, y por ello la respuesta jurídica sería la misma tanto si los

---

<sup>79</sup> GODOY VÁZQUEZ, María Olaya, La gestación subrogada en la jurisprudencia del TEDH, TJUE y Tribunal Supremo, *Anuario de la facultad de derecho de la Universidad de Extremadura*, 2018, N° 34, pp. 111-131.





solicitantes fueran dos hombres, dos mujeres, un hombre y una mujer o una persona sola, sea hombre o mujer<sup>80</sup>.

Y, en tercer lugar, la cuestión relativa al interés superior del menor. Entiende el Pleno del Tribunal Supremo que el interés superior del menor es un concepto jurídico indeterminado que introduce el legislador para extender los márgenes de la ponderación judicial, y que en casos como éste tiene la consideración de concepto sustancialmente controvertido, al expresar un criterio normativo sobre el que no existe unanimidad social. La aplicación de la cláusula general del respeto primordial al interés superior del menor no puede, por tanto, invocarse indiscriminadamente, ni permite al Juez alcanzar cualquier resultado en detrimento de otros bienes jurídicos protegidos. La determinación del interés del menor debe hacerse, pues, tomando en consideración los valores asumidos por la sociedad como propios, contenidos tanto en las reglas legales como en los principios generales del derecho y en las convenciones internacionales, y no sólo los personales puntos de vista del Juez. Asimismo, sirve para interpretar y aplicar la ley y llenar sus lagunas, pero no para contrariar lo que está expresamente previsto en la misma, y debe ponderarse con los demás bienes jurídicos concurrentes, como son, en este caso, garantizar el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, evitar la explotación del estado de necesidad en que puedan encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza, e impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación. Para este caso, la protección del interés superior de los menores nacidos en California no puede fundarse en la existencia de un contrato de gestación subrogada y una filiación determinada en favor de los padres de intención conforme a la legislación de California, sino que habrá de partir, en su caso, de la ruptura de todo vínculo de los menores con la mujer que los dio a luz, la existencia actual de un núcleo familiar formado por los

---

<sup>80</sup> GODOY VÁZQUEZ, María Olaya, La gestación subrogada en la jurisprudencia del TEDH, TJUE y Tribunal Supremo, *ibídem*.





menores y los recurrentes, y la paternidad biológica de alguno de ellos respecto de tales menores<sup>81</sup>.

La sentencia cuenta con un voto particular suscrito por cuatro Magistrados<sup>82</sup>, cuya discrepancia se refiere principalmente a tres aspectos: el acceso al Registro Civil de la certificación expedida por la autoridad administrativa de California, la vulneración del orden público, y el respeto al interés superior del menor. En este voto particular se considera que, conforme al artículo 81 del Reglamento del Registro Civil, el documento presentado (la certificación californiana) 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, no resultando aplicable por tanto el artículo 10 de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, por lo que en cuanto al orden público español, destacan los magistrados discrepantes que, si bien el legislador español considera nulo el contrato de gestación subrogada, ha de diferenciarse la admisión de esta práctica en España, que actualmente es ilegal, de sus efectos cuando proviene de un Estado en el que se admite, porque, a su juicio, 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<sup>83</sup>.

Para los firmantes, la sentencia tutela la excepción de orden público de una forma preventiva que va más allá del supuesto sometido a consideración, y desde la perspectiva de la contrariedad con la normativa interna. En este sentido, consideran que la vulneración del orden público español debería analizarse únicamente para este caso concreto y sin tener en cuenta nuestra normativa interna al respecto, y la valoración en

---

<sup>81</sup> GODOY VÁZQUEZ, Maria Olaya, La gestación subrogada en la jurisprudencia del TEDH, TJUE y Tribunal Supremo, *ibídem*.

<sup>82</sup> Formuló Voto Particular el Magistrado Seijas Quintana, adhiriéndose al mismo los Magistrados Ferrándiz Gabriel, Arroyo Fiestas y Sastre Papiol.

<sup>83</sup> GODOY VÁZQUEZ, Maria Olaya, La gestación subrogada en la jurisprudencia del TEDH, TJUE y Tribunal Supremo, *Anuario de la facultad de derecho de la Universidad de Extremadura*, 2018, N° 34, pp. 111-131.



esta materia debería realizarse atendiendo a la mejor tutela del interés superior del menor, que en este caso para ellos era la inscripción de la filiación en favor de ambos hombres. Añade asimismo el voto particular, que será obligación del legislador establecer un marco legal que garantice los derechos de las partes implicadas (menores, mujeres gestantes y padres de intención); que será obligación de los tribunales resolver y tutelar las situaciones concretas; y que la tendencia en el derecho comparado camina hacia la regularización y la flexibilización de estos supuestos<sup>84</sup>.

Siguiendo el orden cronológico, tenemos las Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2016 y de 16 de noviembre de 2016, versando ambas sobre el tratamiento que debe darse al reconocimiento de prestaciones de Seguridad Social en favor de los padres de intención. En ambas sentencias se concede a los padres comitentes la baja por paternidad y maternidad respectivamente y su correspondiente prestación económica por paternidad/maternidad; en la primera sentencia se trata de un varón que ha acudido a la gestación subrogada en la India, mientras que en la segunda sentencia tenemos a una mujer que llevó a cabo esta técnica en San Diego (California).

En la Sentencia de 25 de octubre de 2016, el argumento empleado por el Tribunal Supremo para conceder al padre comitente la baja y la prestación económica por paternidad derivada de un contrato de gestación subrogada concertado conforme a legislación extranjera, se basa en que la finalidad de estas prestaciones de la Seguridad Social consiste en la atención o cuidado del menor. Es el interés superior del menor el que debe llevar a respetar su derecho a disfrutar plenamente de su vida familiar y privada. A juicio del Pleno del Tribunal Supremo, la condición de progenitor no se ostenta por ser sujeto que ha contribuido físicamente a dar a luz sino que cabe la aplicación analógica de lo previsto para la adopción o el acogimiento, trasladándolo a los casos de gestación subrogada. El hecho de que en España el contrato de gestación subrogada sea nulo no elimina, pues, la situación de necesidad surgida por el nacimiento del menor mediante esta técnica en el extranjero y su inserción en determinado núcleo

---

<sup>84</sup> GODOY VÁZQUEZ, María Olaya, La gestación subrogada en la jurisprudencia del TEDH, TJUE y Tribunal Supremo, *ibídem*.



familiar; circunstancia ésta que lleva a otorgar a los padres de intención las prestaciones derivadas de la seguridad social por paternidad/maternidad, procurando que esos hijos no vean mermados sus derechos<sup>85</sup>.

Esta Sentencia cuenta con tres votos particulares:

Formula voto particular la magistrada Arastey Sahún, al considerar la inexistencia de contradicción entre las Sentencias de contraste por diferencias fácticas evidentes. Esta magistrada entiende que la sentencia recurrida debió de confirmarse por inexistencia del requisito de la contradicción, sin entrar en un pronunciamiento sobre el fondo. Formula también voto particular el magistrado De Castro Fernández, al que se adhiere el magistrado Gilolmo López, al considerar que el reconocimiento de la prestación debería haberse realizado en calidad de padre biológico y no en calidad de padre comitente, porque consideran que lo que está en juego en las actuaciones no es tanto el interés del menor como el reconocimiento del status de padre del comitente. Y formula voto particular el magistrado López García de la Serrana, al que se adhieren los magistrados Calvo Ibarlucea y Souto Prieto, al entender que la sentencia de la mayoría incurre en incongruencias al no abordar y resolver la cuestión relativa a la validez del contrato de gestación subrogada y la de la renuncia de la madre gestante, ni razonar tampoco sobre la existencia de un fraude de ley que no puede dar lugar al nacimiento de derechos en contra de lo dispuesto en la ley<sup>86</sup>.

En la Sentencia de 16 de noviembre de 2016, conforme al criterio fijado en la sentencia anterior, entiende la Sala que la nulidad del contrato de gestación subrogada no puede privar de sus derechos al menor que nace en esas circunstancias. A criterio del Tribunal Supremo deben distinguirse dos planos perfectamente diferenciados: el referente al contrato de gestación subrogada y su nulidad legalmente establecida por la ley española;

---

<sup>85</sup> GODOY VÁZQUEZ, Maria Olaya, La gestación subrogada en la jurisprudencia del TEDH, TJUE y Tribunal Supremo, *ibídem*.

<sup>86</sup> GODOY VÁZQUEZ, Maria Olaya, La gestación subrogada en la jurisprudencia del TEDH, TJUE y Tribunal Supremo, *ibídem*.



y la situación del menor, al que no se puede perjudicar por la nulidad del contrato. La Sala reitera, asimismo, que aunque la cláusula general del interés superior del menor no permite al juez alcanzar cualquier resultado, tal principio debe servir para interpretar las normas sobre protección de la maternidad/paternidad, y en consecuencia otorgar a los padres comitentes las prestaciones de la Seguridad Social por maternidad y paternidad, pues de lo contrario se produciría una discriminación en el trato dispensado al menor por razón de su filiación y se vería vulnerado su interés superior<sup>87</sup>.

Para reforzar su argumentación el Tribunal Supremo invoca la doctrina del TEDH y del TJUE en la que, sustancialmente, se defiende que si el núcleo familiar existe y los menores tienen relaciones familiares de facto con los padres de intención, la solución que se adopte ha de permitir el desarrollo y la protección de esos vínculos; y concluye que, sin duda, uno de los medios idóneos para ello es la concesión de la baja y la prestación económica por maternidad o paternidad<sup>88</sup>.

Para esta Sentencia formula voto particular el magistrado De Castro Fernández, al que se adhieren los magistrados Calvo Ibarlucea y Souto Prieto, al entender que la existencia de la posibilidad en la legislación española de acudir al reconocimiento de filiación biológica, a la adopción o al acogimiento, impide que se utilice como argumento el interés superior del menor<sup>89</sup>.

---

<sup>87</sup> GODOY VÁZQUEZ, Maria Olaya, La gestación subrogada en la jurisprudencia del TEDH, TJUE y Tribunal Supremo, *ibídem*.

<sup>88</sup> MERCADER UGUINA, Jesús Rafael, La creación por el Tribunal Supremo de la prestación por maternidad subrogada: a propósito de las SSTs de 25 de octubre de 2016 y 16 de noviembre de 2016, *Cuadernos de derecho transnacional*, 2017, N° 1, Vol. 9, pp. 465 y ss.

<sup>89</sup> GODOY VÁZQUEZ, Maria Olaya, La gestación subrogada en la jurisprudencia del TEDH, TJUE y Tribunal Supremo, *Anuario de la facultad de derecho de la Universidad de Extremadura*, 2018, N° 34, pp. 111-131.



### 3.3.2 Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

El TJUE se ha pronunciado en dos ocasiones sobre la compatibilidad de normas nacionales de estados miembros que no reconocen prestaciones económicas en favor de madres de intención, con las normas comunitarias y los Tratados y Convenios internacionales suscritos por la UE: asuntos C-167/12 y C-363/12, que tienen por objeto respectivamente una petición de decisión prejudicial planteada por el *Employment Tribunal, Newcastle upon Tyne* (Reino Unido) y por el *Equality Tribunal* (Irlanda)<sup>90</sup>.

En el asunto C-167/12 (Reino Unido) la cuestión prejudicial se plantea sobre los siguientes hechos: la demandante formaliza junto a su pareja un contrato de gestación subrogada con óvulo de donante y espermatozoides de la pareja (práctica legal conforme a la legislación de 2008). Tras el nacimiento del niño, la demandante solicita permiso retribuido a su empleador, que le es denegado. Cabe destacar que esta es la encargada de prestar los cuidados maternos al bebé e incluso de amamantarlo durante tres meses. El *Employment Tribunal, Newcastle upon Tyne* formula las siguientes preguntas en su cuestión prejudicial:

- Si de conformidad con lo dispuesto en la Directiva 92/85/CEE del Consejo de Europa, de 19 de octubre, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o esté en período de lactancia, la madre comitente tiene derecho o no a la baja y prestación económica por maternidad. Y si existe tal derecho o no en el supuesto en que la madre comitente pueda amamantar al recién nacido y efectivamente lo haga.
- Si la negativa a la concesión de la prestación por maternidad es contraria o no a lo dispuesto en el artículo 14 de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y

---

<sup>90</sup> CORDERO GORDILLO, Vanessa, Gestación por sustitución y prestación por maternidad, *Revista Española de derecho del trabajo*, 2017, Nº 196, pp. 233-253.



mujeres en asuntos de empleo y ocupación, precepto que prohíbe toda discriminación directa o indirecta por razón de sexo<sup>91</sup>.

En el asunto C-363/12 (Irlanda) la cuestión prejudicial se plantea sobre los siguientes hechos: la demandante, que carece de útero, y su marido constituyeron con sus propios gametos un embrión in vitro, se trasladaron con él a California, y allí formalizaron un contrato de gestación subrogada para implantar ese embrión en una mujer gestante. La niña nacida es hija biológica de los demandantes y en California la filiación se constituyó a su favor tras la renuncia de la gestante. Solicitado en Irlanda el correspondiente permiso retribuido por maternidad, le resulta denegado. El *Equality Tribunal* plantea en su cuestión prejudicial si concurre o no una posible violación de los artículos 4 y 14 de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, y del artículo 3 de la Directiva 2000/78/CE del Consejo de Europa, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación; en el sentido de si cabe considerar o no que existe trato discriminatorio cuando una trabajadora, que sufre una discapacidad que le impide tener descendencia, ve denegado el derecho a la prestación por maternidad por acudir a la gestación subrogada<sup>92</sup>.

La conclusión que alcanza la Gran Sala del TJUE en sus sentencias de 18 de marzo de 2014 es común para ambos casos: la imposibilidad de invocar las Directivas europeas para exigir la concesión de una baja y prestación económica por maternidad cuando esta deriva de una gestación subrogada. En cuanto a la Directiva 92/85, entiende el TJUE que la misma tiene la finalidad de proteger la salud de la madre durante la específica

---

<sup>91</sup> GODOY VÁZQUEZ, Maria Olaya, La gestación subrogada en la jurisprudencia del TEDH, TJUE y Tribunal Supremo, *Anuario de la facultad de derecho de la Universidad de Extremadura*, 2018, Nº 34, pp. 111-131.

<sup>92</sup> GODOY VÁZQUEZ, Maria Olaya, La gestación subrogada en la jurisprudencia del TEDH, TJUE y Tribunal Supremo, *ibídem*.



situación de vulnerabilidad derivada de su embarazo y las relaciones especiales de la mujer con su hijo en el período posterior al embarazo y el parto, en consecuencia, el posible derecho a un permiso retribuido de la madre comitente no encuentra amparo en el artículo 8 de la citada Directiva puesto que no ha estado embarazada ni ha dado a luz. Con respecto a la Directiva 2006/54, concluye firme el TJUE que la denegación del permiso por maternidad a una madre comitente no constituye una discriminación directa basada en el sexo, puesto que un padre comitente recibe el mismo trato. Añade que tampoco existe discriminación indirecta, puesto que no se produce un trato menos favorable (ligado al embarazo) respecto a la trabajadora, ya que la madre comitente no ha estado embarazada. Y, en último término, conforme a la Directiva 2000/78 entiende el TJUE que no constituye discriminación por razón de discapacidad el hecho de denegar la concesión de un permiso retribuido por maternidad a una trabajadora incapacitada para gestar un hijo que ha recurrido a la gestación subrogada, pues el concepto de discapacidad en la Directiva invocada supone que la limitación impida la participación plena y efectiva de quien la sufre en la vida profesional, y en igualdad de condiciones con los demás trabajadores; y la incapacidad para tener un hijo por medios convencionales no constituye un impedimento para que la madre comitente acceda a un empleo, lo ejerza, o progrese en él<sup>93</sup>.

### 3.3.3 Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El TEDH se ha pronunciado en varias ocasiones sobre cuestiones de gestación subrogada: Casos *Menesson vs. Francia* (Rec. 65192/2011) y *Labassee vs. Francia* (Rec. 65941/2011), Sentencias del TEDH de 26 de junio de 2014 (Secc. 5<sup>a</sup>); y Caso *Paradiso y Campanelli vs. Italia* (Rec. 25358/2012), Sentencia de 27 de enero de 2015 (TEDH, Sección 10<sup>a</sup>) y Sentencia de 24 de enero de 2017 (TEDH, Gran Sala).

Hasta la fecha, el TEDH no se ha pronunciado explícitamente sobre los contratos de gestación subrogada, limitándose, en primer lugar, a reconocer que ésta es una materia

---

<sup>93</sup> GODOY VÁZQUEZ, Maria Olaya, La gestación subrogada en la jurisprudencia del TEDH, TJUE y Tribunal Supremo, *ibídem*.





sobre la que no existe consenso y, por consiguiente, sobre la que los Estados conservan una amplia capacidad de decisión; y, en segundo lugar, a afirmar que entre sus funciones no está la de sustituir los criterios de las autoridades nacionales por los suyos propios (Sentencias del TEDH de 26 de junio de 2014, Caso *Mennesson vs. France*, punto 78 y Caso *Labassee vs. France*, punto 37; y Sentencia del TEDH de 24 de enero de 2017, Caso *Paradiso-Campanelli vs. Italy*, puntos 182 y 194). Por tanto, los pronunciamientos del TEDH se centran exclusivamente en las cuestiones jurídicas que se plantean en los supuestos de gestación subrogada acordada conforme a legislación extranjera por nacionales de un Estado que la prohíbe, y más en concreto sobre el reconocimiento de la filiación derivada de estas gestaciones en los países de origen de los padres de intención<sup>94</sup>.

Respecto a esto, el TEDH es consciente de que un libre reconocimiento de estas filiaciones supondría dejar sin efecto la prohibición de la gestación subrogada en las legislaciones nacionales (Sentencias del TEDH de 26 de junio de 2014, Caso *Mennesson vs. France*, punto 84 y Caso *Labassee vs. France*, punto 69; y Sentencia del TEDH de 24 de enero de 2017, Caso *Paradiso-Campanelli vs. Italy*, puntos 211 y 215). No obstante, considera necesario valorar, en cada caso, las diferentes circunstancias, entre ellas la existencia o no de una relación biológica entre el niño y alguno de los padres de intención y el tiempo efectivo de convivencia. Tales circunstancias fueron decisivas para justificar la decisión final del TEDH en todos sus pronunciamientos. En los asuntos *Mennesson* y *Labassee*, para fallar a favor del reconocimiento de la filiación respecto de los padres de intención, pues en el caso *Mennesson* uno de los recurrentes era padre biológico de los gemelos y la convivencia entre el matrimonio *Mennesson* y los menores superaba los diez años; y en el asunto *Paradiso-Campanelli*, para desestimar finalmente las pretensiones de los padres comitentes, pues no había relación

---

<sup>94</sup> GODOY VÁZQUEZ, María Olaya, La gestación subrogada en la jurisprudencia del TEDH, TJUE y Tribunal Supremo, *ibídem*.



biológica entre el niño y el matrimonio y la convivencia no había llegado a durar ni un año<sup>95</sup>.

## CONCLUSIONES

### 1. El problema ético

Como hemos visto en el apartado segundo de este trabajo, existe un problema ético en torno a esta figura. La doctrina se debate en dos principales posiciones: los que están en contra, por considerar que esta no es una técnica moral o éticamente aceptable, principalmente por suponer una explotación de la mujer pobre y aprovecharse de esta circunstancia para usar su cuerpo, además de mercantilizar y cosificar a los seres humanos; y los que están a favor, por considerar que debe primar la autonomía y libertad de la mujer para decidir sobre su propio cuerpo y vida, el derecho que toda persona tiene a reproducirse y a elegir como, y, al hilo de esto último, la ayuda que se proporciona a personas que de otra forma no pueden tener hijos biológicos y este es su deseo.

Analizados todos los puntos de vista, considero que la gestación subrogada no es una conducta éticamente reprochable. No deja de ser otra técnica de reproducción asistida más, en la que una mujer, informada y libremente, decide utilizar en este caso su útero y dar a luz a un bebe para entregárselo a una persona o personas que no pueden o no quieren tenerlo de la manera tradicional. Esto ocurre también, por ejemplo, cuando una mujer dona óvulos, pues también está utilizando una parte de si para ayudar a que otra u otras personas tengan un hijo, y no se tacha de conducta inmoral (a pesar de estar cediendo su carga genética, cosa que no se suele hacer en la gestación subrogada, pues la mujer gestante rara vez aporta sus gametos). Esto, independientemente de que la

---

<sup>95</sup> GODOY VÁZQUEZ, Maria Olaya, La gestación subrogada en la jurisprudencia del TEDH, TJUE y Tribunal Supremo, *ibídem*.



mujer gestante sobre por ello o no pues, repito, es una decisión libre e informada y nadie más que ella puede decidir si quiere hacerlo altruista u onerosamente.

El Estado no debería actuar de manera paternalista y prohibir a las mujeres realizar una conducta que, bajo mi punto de vista, en nada daña o perjudica ni a sí mismas ni a otras personas. Parece que el legislador está actuando llevado de ciertos prejuicios que no deberían trascender de la moralidad personal en lugar de aceptar que las conductas que integran estos supuestos no dañan a nadie y son decididas de forma libre y consciente por una persona, en este caso una mujer, adulta. En definitiva, la ética convencional no debe limitar la libertad de las personas cuando sus conductas no dañen a otros.

En el caso de que concurra error, dolo, coacción u otra circunstancia que vicie la voluntad de la mujer gestante, nuestra legislación ya cuenta con herramientas suficientes para invalidar ese contrato de gestación subrogada, así como se anula cualquier otro contrato por estas circunstancias. No es necesario ni pertinente pues, en mi opinión, prohibir la gestación subrogada como forma de anticiparnos a algo que no sabemos si va a ocurrir y no tiene por qué hacerlo, además de ya contar con soluciones legales para ello. Parece que el legislador está actuando de manera escasamente razonable y pertinente, como presumiendo que aquellas circunstancias concurrirán siempre y, en consecuencia, solo cabe prohibir cualquier modalidad de gestación subrogada.

## **2. Legislación e interés superior del menor**

Como hemos visto, en España la técnica de gestación subrogada está regulada de manera específica únicamente en el artículo 10 de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, y de forma laxa y poco detallada (meramente prohibitiva), provocando así una gran inseguridad jurídica, pues el legislador español no entra en detalles fundamentales como que ocurre con las personas que llevan a cabo esta técnica en nuestro país a pesar de su prohibición o con aquellos españoles que acuden al extranjero para practicarla y después vuelven a España con los menores, algo que como hemos podido observar a lo largo de este trabajo ocurre con mucha frecuencia. Esto último se regula de forma indirecta en la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro civil,



ya que incluye normas que regulan cómo se deben realizar los asientos en el Registro Civil a que den lugar las relaciones de Derecho internacional privado, pero teniendo en cuenta la frecuencia con la que esto ocurre y los intereses en juego, considero que no es suficiente y debería estar regulado de manera específica para la gestación subrogada, como forma de proteger a todos aquellos menores que se encuentran en esta situación de incertidumbre.

En mi opinión, y a colación de lo dicho en el apartado anterior, el legislador debería regular la gestación subrogada (ya sea de manera independiente en otra ley o en la propia LTRHA) de forma positiva, permitiendo realizar esta técnica en nuestro país e imponiendo una serie de derechos y obligaciones a las partes implicadas y velando por su cumplimiento, sobre todo en aras de proteger al menor, que es la parte más vulnerable en todo esto. Y, en caso de incumplimiento de estos derechos y obligaciones, imponiendo sanciones e incluso la nulidad del contrato si esto supone un beneficio para el menor.

De continuar en la misma línea prohibitiva que hasta ahora, esta técnica debería regularse o bien de forma más exhaustiva dentro de la LTRHA o bien de forma independiente en otra ley, llenando así las lagunas que hay actualmente y colmando de respuestas a todas aquellas situaciones que a día de hoy no la tienen.

Ya se prohíba o permita la gestación subrogada en nuestro país, lo más importante debe ser siempre el interés superior del menor. Velar porque este quede en las manos adecuadas, con aquella o aquellas personas que de verdad deseen cuidarlo, educarlo y amarlo, y respetar su derecho a una filiación única, me parece lo más importante.

### **3. Jurisprudencia**

En lo que se refiere a la opinión de nuestros tribunales con respecto a la gestación subrogada llevada a cabo en el extranjero por españoles, no coincido; pues estos priorizan la prohibición de la gestación subrogada y el orden público para denegar la inscripción de la filiación de los nacidos mediante esta técnica en el extranjero, dejando a un lado de esta manera el interés superior del menor. Quienes consideran su hijo a ese



niño, han querido tenerlo, quieren cuidarlo y con quien ya convive cuando llegan a España es con los padres de intención y, por lo tanto, es ir en contra de los intereses de ese menor no dejar que la persona o pareja comitente inscriba la filiación. Además, la opción que ofrecen nuestros tribunales de recurrir a la adopción no me parece una buena solución, pues no se trata de una adopción y no debe figurar como tal, ya que son los comitentes los que promueven el nacimiento de ese niño y, aporten o no los gametos, deben figurar como padres biológicos.

Si estoy de acuerdo, por otro lado, con el TS en que la finalidad del permiso retribuido por maternidad o paternidad de la Seguridad Social consiste en la atención o cuidado del menor, y en que es el interés superior del menor el que debe llevar a respetar su derecho a disfrutar plenamente de su vida familiar y privada, aunque este provenga de la gestación subrogada y el contrato sea nulo por nuestra legislación.

En lo que respecta al TEDH, estoy de acuerdo en que es necesario valorar, en cada caso, las diferentes circunstancias, pues no todos los supuestos son iguales y requieren adoptar distintas medidas.



## BIBLIOGRAFÍA

ALBERT MÁRQUEZ, Marta María, Los contratos de gestación de sustitución celebrados en el extranjero y la nueva Ley del Registro Civil, *Diario La Ley*, 2012, N° 7863.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago, Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2010, N° 10.

BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio, Delitos relativos a la reproducción asistida. En: VIDAL MARTÍNEZ, Jaime (coord.), *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida*, Granada, Comares y Ministerio de Sanidad y Consumo, 1998.

BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, De nuevo sobre la reproducción humana asistida en España. Análisis jurídico-sanitario de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, *Revista de la Escuela de Medicina legal*, 2008, N° 9.

BRASCH, Joel & ALVAREZ, Natalia, *¿Cuáles son los diferentes tipos de gestación subrogada?*, 5 de Julio de 2019, consultado el 1 de septiembre de 2021 de <https://babygest.com/es/tipos-de-subrogacion/>

BRAZIER, Margaret, *Surrogacy: Review for Health Ministers of current arrangements for payments and regulation*, Londres, Stationery Office, 1998.

BRUNET, L., CARRUTHERS, J., DAVAKI, K., KING, D., MARZO, C., MCCANDLESS, J. A., *Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States*, Unión Europea, 2013.

CALVO CARAVACA, Alfonso Luis & CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 5 octubre 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, *Cuadernos de derecho transnacional*, 2011, N°1, Vol. 3.



CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, Filiación. En: CALVO CARAVACA, Alfonso Luis & CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. (dirs.), *Derecho internacional Privado*, Granada, Comares, 2010.

Código Deontológico de la Organización Médica Colegial de España, Noviembre, 2018.

COLEMAN, Phyllis, Surrogate motherhood: analysis of the problems and suggestions for solutions, *Tennessee Law Review*, 1982, Nº 50.

CORDERO GORDILLO, Vanessa, Gestación por sustitución y prestación por maternidad, *Revista Española de derecho del trabajo*, 2017, Nº 196.

DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón, Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010), *Diario La Ley*, 2010, Nº 7501.

DÍAZ ROMERO, Maria del Rosario, La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico, *Diario La Ley*, 2010, Nº 7527.

FARNÓS AMORÓS, Esther, Acceso a la reproducción asistida por parejas del mismo sexo en España: estado de la cuestión, propuestas y retos, *Revista de derecho de familia*, 2011, Nº 49.

FARNÓS AMORÓS, Esther, Surrogacy arrangements in a global world: the case of Spain, *International Family Law*, 2013, Nº 1.

GEORGE, Robert & BEHTKE ELSHTAIN, Jean, *The meaning of marriage: family, state, market, & morals*, Nueva York, Spence Pub, 2006.

GODOY VÁZQUEZ, Maria Olaya, La gestación subrogada en la jurisprudencia del TEDH, TJUE y TRIBUNAL SUPREMO, *Anuario de la facultad de derecho de la Universidad de Extremadura*, 2018, Nº 34.

GOMEZ SANCHEZ, Yolanda, *El derecho a la reproducción humana*, Madrid, Marcial Pons, 1994.





GONZÁLES PÉREZ DE CASTRO, Maricela, *La verdad biológica en la determinación de la filiación*, Madrid, Dykinson, 2013.

HIERRO HIERRO, Francisco Javier, Prestaciones de Seguridad Social y nuevas formas de familia: la jurisprudencia comunitaria sobre la maternidad subrogada, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 2017, Nº 127.

Informe sobre “aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada” del Comité de Bioética de España, Mayo, 2017.

Informe Warnock sobre fertilización humana y embriología, Reino Unido, 1984.

LAMM, Eleonora, *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Barcelona, Publicacions y edicions de la Universitat de Barcelona, 2013.

LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, La reproducción asistida y la prohibición legal de maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria, *Diario la Ley*, 2012, Nº 7777.

LEMA AÑÓN, Carlos, El futuro de la regulación jurídica española sobre reproducción asistida y embriones: problemas pendientes y Constitución. En: CAMBRÓN INFANTE, Ascensión (coord.), *Reproducción asistida: promesas, normas y realidad*, Madrid, Trotta, 2001.

MARTÍN CAMACHO, Javier, Maternidad Subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores, *Bioethics*, 2009, Nº 24.

McLACHLAN, Hugh & SWALES, John, Why commercial surrogate motherhood unethically commodifies women and children, *Health Care Analysis*, 2000, Nº 8.

MERCADER UGUINA, Jesús Rafael, La creación por el Tribunal Supremo de la prestación por maternidad subrogada: a propósito de las SSTs de 25 de octubre de 2016 y 16 de noviembre de 2016, *Cuadernos de derecho transnacional*, 2017, Nº 1, Vol. 9.



universidad  
de león



MONTÉS PENADÉS, Vicente Luis, La reproducción humana asistida en la experiencia jurídica española, *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, 2003, N° 7.

NÚÑEZ CALONGE, Rocío, *Aspectos éticos de la gestación subrogada*, 8 de abril de 2019, consultado el 18 de septiembre de 2021 de <https://www.rocionunez.com/pdfs/ASPECTOS%20%C3%89TICOS%20DE%20LA%20GESTACION%20SUBROGADA%20V.1.pdf>

PÉREZ MONGE, Marina, Cuestiones actuales de la maternidad subrogada en España: regulación versus realidad, *Revista de derecho privado*, 2010, N° 94.

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

SINGER, Peter, *The Reproduction Revolution. New Ways Of Making Babies*, California, Oxford, 1984.

SMITH ROTABI, Karen & BROMFIELD, Nicole, *Will Global Surrogacy Be Regulated*, 7 de Julio de 2010, consultado el 18 de septiembre de 2021 de <https://rewirenewsgroup.com/article/2010/07/07/will-global-surrogacy-regulated/>

SOSPEDRA FONTANA, Alejandro, *La gestación subrogada en España*, 23 de Junio de 2018, consultado el 22 de octubre de 2021 de <http://idibe.org/wp-content/uploads/2018/07/CIJ-1.pdf>

VAQUERO LÓPEZ, Carmen, *Maternidad subrogada, orden público y Ley del Registro Civil*, 27 de abril de 2012, consultado el 4 de enero de 2022 de <http://civil.blogs.lexnova.es/2012/04/27/maternidad-subrogada-orden-publico-y-ley-del-registro-civil/>

VELARDE D' AMIL, Yvette, Comentario a la sentencia de la Audiencia provincial de Valencia núm. 949/ 2011: no inscripción en el registro civil de los menores nacidos mediante gestación por sustitución, *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, 2012, N.º 3.



universidad  
de León



VELA SANCHEZ, Antonio José, De nuevo sobre la regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España. A propósito de la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011, *Diario La Ley*, 2012, N° 7815.