

## Aborto y gestación por sustitución

*A propósito de la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo*

**Antonio J. Vela Sánchez**

Profesor Titular de Derecho Civil

Universidad Pablo de Olavide (Sevilla)

Diario LA LEY, Nº 10261, Sección Doctrina, 4 de Abril de 2023, LA LEY

### ÍNDICE

[Aborto y gestación por sustitución](#)

[I. Introducción](#)

[II. La obsesión compulsiva del legislador español respecto de la intrínseca malignidad de todo convenio de gestación por sustitución](#)

[III. El convenio gestacional supone una vulneración grave de los derechos reproductivos de las mujeres o progenitores gestantes y por ello es nulo de pleno derecho en nuestro ordenamiento jurídico](#)

[1. Convenio de gestación por sustitución e infracción de los derechos reproductivos de las mujeres o progenitores gestantes](#)

[A\) El convenio gestacional supondría siempre una violencia contra los derechos reproductivos](#)

[B\) Violencia contra las mujeres en el ámbito reproductivo y posible justificación del convenio gestacional](#)

[2. El convenio de gestación por sustitución o subrogación es radicalmente nulo e ilegal en nuestro ordenamiento jurídico](#)

[IV. La actual prohibición terminante de la publicidad de las agencias de intermediación en el ámbito de la gestación por sustitución](#)

[V. Los argumentos legales para justificar el acceso voluntario y libre de la mujer o progenitor gestante al aborto y su posible aplicación para autorizarles también a participar libremente en un convenio de gestación por sustitución](#)

[1. La consagración internacional de la salud sexual y reproductiva como posible derecho humano de la mujer o progenitor gestante](#)

[A\) Las indicaciones primordiales del preámbulo de la LO 1/2023](#)

[2. Contenido actual de la reformada LOIVE](#)

[A\) Conceptuación de la salud sexual y de la reproductiva](#)

[B\) la salud sexual y reproductiva en la legislación vigente en esta sede](#)

[VI. La salud sexual y reproductiva como fundamento cardinal del acceso voluntario y libre al aborto](#)

[1. Las garantías legales de la salud sexual y reproductiva: el acceso al aborto como verdadero derecho](#)

[2. El ejercicio de la libertad sexual y reproductiva y sus límites: la posibilidad de incluir en esta sede la participación libre de la mujer o progenitor gestante en un convenio de gestación por sustitución](#)

[A\) El límite del respeto a los derechos de las demás personas](#)

[B\) la limitación primordial del respeto al orden público garantizado por la constitución y las leyes](#)

### Comentarios

#### Resumen

Sinceramente, analizando razonadamente los argumentos esgrimidos en la nueva Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, a favor de la posibilidad de abortar, no entiendo

que una mujer o progenitor gestante pueda decidir voluntariamente interrumpir su embarazo —impidiéndose «de forma justificada» el nacimiento de un nuevo ser—, y, en cambio, no se le permita participar, también libremente, en un convenio de gestación por sustitución —del que va a surgir una nueva vida—, a favor de personas a las que quiere ayudar a ser padres o madres, eso sí, un convenio gestacional que sería esencialmente altruista y rodeado de todas las garantías legales que se consideraran necesarias para su protección.

Estudiada la obsesión compulsiva del legislador actual respecto de la intrínseca malignidad de todo convenio de gestación por sustitución —de ahí la prohibición expresa de la publicidad de las agencias de intermediación—, se concluye por aquél que el convenio gestacional supone una «*violencia contra las mujeres en el ámbito reproductivo*». ¿Y no habría también tal violencia si se impidiere su participación libre y altruista en tal convenio reproductivo?

Analizada después la cuestión acerca de si la interrupción voluntaria del embarazo es o no un derecho subjetivo, se destaca que el legislador funda el acceso al aborto en que «*todas las personas, en el ejercicio de*

*sus derechos de libertad, intimidad, la salud y autonomía personal, pueden adoptar libremente decisiones que afectan a su vida sexual y reproductiva sin más límites que los derivados del respeto a los derechos de las demás personas y al orden público garantizado por la Constitución y las leyes*». ¿Entonces esta libertad reproductiva no alcanza para intervenir de forma altruista en un convenio reproductivo? Es más, el legislador no es consciente de la contradicción en la que incurre aquí cuando se refiere al «*respeto a los derechos de las demás personas*», porque si «*todas las personas*» (no sólo las mujeres) tienen derecho a la equivalente protección legal de sus libertades reproductivas, ¿no infringiría el acceso al aborto la del potencial progenitor? En cuanto al límite del orden público, el convenio gestacional no lo vulnera pues, entre otros motivos estudiados, el fundamental es que se permite la inscripción en nuestro Registro Civil de la filiación derivada del mismo si se cumplen los presupuestos fijados por la antigua DGRN.

Finalmente, se establece el reconocimiento de los «*derechos reproductivos y el derecho a la maternidad libremente decidida*», por lo que se debería poder decidir libremente abortar o culminar la gestación, bien para sí, bien a favor de los padres o madres intencionales.



**«¿La prohibición, la censura, la denegación son las formas según las cuales el poder se ejerce de un modo general, tal vez, en toda sociedad y seguramente en la nuestra?»**

**Michel Foucault**

## I. Introducción

En principio, he de partir de que la realización este trabajo se podría incardinar, perfectamente, dentro de una de las muchas pretensiones establecidas por la reciente Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero (LA LEY 2334/2023) —LO 1/2023 (1) —, por la que se modifica la primitiva Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (LA LEY 3292/2010) —LOIVE—. En efecto, este artículo doctrinal podría utilizarse en la futura docencia que, en esta sede estudiada, se tendrá que realizar, por ejemplo, en las Facultades de Derecho, mi lugar de trabajo, pues conforme al nuevo artículo 10 sexies LOIVE, titulado «*Formación en los ámbitos de las ciencias jurídicas, las ciencias de la educación y las ciencias sociales*», en su inciso primero se contiene la previsión de que las «*administraciones educativas, en el ámbito de sus competencias, promoverán la incorporación de contenidos de calidad, adaptados y suficientes sobre salud, derechos sexuales y reproductivos en las titulaciones relacionadas con las ciencias jurídicas, las ciencias de la educación y las ciencias sociales*». A su

vez, este indicado precepto está relacionado con lo dispuesto en el vigente artículo 9 LOIVE (2) , llamado «*Formación sobre salud sexual y reproductiva en el sistema educativo*», cuyo párrafo 1º dispone que las «*administraciones educativas, en el ámbito de sus competencias contemplarán la formación en salud sexual y reproductiva, como parte del desarrollo integral de la personalidad, de la formación en valores, con base en la dignidad de la persona, y con un enfoque interseccional...*»; y con el actual artículo 10 bis LOIVE, titulado «*Educación para la prevención de las violencias sexuales*», que indica que las «*administraciones educativas, en el ámbito de sus competencias incluirán (en)... los currículos de las diferentes etapas educativas, la educación afectivo-sexual, la igualdad entre mujeres y hombres y la educación en derechos humanos, como medidas dirigidas a la garantía de la libertad sexual y a la prevención de las violencias sexuales...*».

También debe tenerse muy en cuenta que, tras la igualmente reciente Ley Orgánica 4/2023, de 28 de febrero —LO 4/2023—, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI (3) —la indicada LO 1/2023 (LA LEY 2334/2023) y esta LO 4/2023 se publicaron el mismo día—, se han equiparado, a efectos legales, los términos «madre» y «progenitor gestante», frente a las expresiones también equivalentes «padre» y «progenitor no gestante», de manera que, actualmente, en esta sede de derechos reproductivos, progenitor gestante puede serlo tanto una mujer como un hombre trans conforme a la nueva regulación.

Pues bien, en este estudio me propongo analizar, fundadamente, los argumentos manejados por la susodicha LO 1/2023 (LA LEY 2334/2023), para justificar la eventualidad de que una mujer —o progenitor gestante—, pueda abortar voluntariamente —sustancialmente, según el actual art. 14 LOIVE, podrá «*interrumpirse el embarazo dentro de las primeras catorce semanas de gestación a petición de la mujer embarazada*»—, y, una vez examinadas dichas consideraciones legales, intentaré comprobar si existe alguna diferencia principal que impida la posibilidad de que esa misma mujer o progenitor gestante pueda intervenir, también de forma libre, voluntaria y altruista, en un convenio de gestación por sustitución o subrogación realizado a favor de personas a las que conscientemente se quiere ayudar a conseguir la maternidad o la paternidad. Por supuesto, debería tratarse de un convenio gestacional suficiente y razonablemente regulado en nuestro ordenamiento jurídico, esencialmente altruista y rodeado de todas las garantías legales que se consideraran necesarias para proteger, fundamentalmente, aunque no de forma exclusiva, a la mujer o progenitor gestante (4) . Pero, antes de afrontar esta labor, veamos algunas consideraciones aprensivas que el legislador actual tiene sobre el convenio gestacional.

## **II. La obsesión compulsiva del legislador español respecto de la intrínseca malignidad de todo convenio de gestación por sustitución**

La reseñada LO 1/2023 (LA LEY 2334/2023) no ha perdido la ocasión para arremeter duramente contra el convenio de gestación por sustitución o subrogación —admitido y regulado en otros ordenamientos jurídicos, no se olvide—, y recordarnos lo malísimo que es para las mujeres o progenitores gestantes, en todas las ocasiones y circunstancias, de manera que las féminas o, en su caso, los progenitores gestantes, deben estar en alerta y no caer en la terrible tentación de prestarse a participar en uno de esos contratos perversos y malévolos, que atentan contra su dignidad y contra la del hijo que así va a nacer —lo que no sucedería en los supuestos de aborto— (5) , aunque se realicen libre o voluntariamente, y de forma altruista, con la única pretensión de auxiliar a alguna persona querida a conseguir su determinación vital de ser padre o madre.

## **III. El convenio gestacional supone una vulneración grave de los derechos reproductivos de las mujeres o progenitores gestantes y por ello es nulo de pleno derecho en nuestro ordenamiento jurídico**

### **1. Convenio de gestación por sustitución e infracción de los derechos reproductivos de las mujeres o progenitores gestantes**

#### **A) El convenio gestacional supondría siempre una violencia contra los derechos reproductivos**

Ya en el Preámbulo de la comentada LO 1/2023 (LA LEY 2334/2023), después de referirse a «*ciertas formas de violencia contra las mujeres en el ámbito de los derechos sexuales y reproductivos, como son el aborto forzoso y la esterilización forzosa, incluida la anticoncepción forzosa*», se considera formalmente que el convenio de gestación por sustitución o subrogación, aun realizado por españoles en países que lo admiten y regulan razonablemente, supone una vulneración grave de los derechos reproductivos de las mujeres o progenitores gestantes. Esta

declaración que, en verdad, supone una desconsideración injusta de dichas legislaciones extranjeras permisivas del convenio reproductivo —y ello frente al buenismo incontestable de nuestra normativa prohibitiva—, se expone de la siguiente forma: *«Del mismo modo, como Estado, debemos reafirmar el compromiso de respuesta frente a vulneraciones graves de los derechos reproductivos que constituyen manifestaciones de la violencia contra las mujeres, como la gestación por subrogación. Estas prácticas, si bien ya resultan ilegales en España, donde la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (LA LEY 5218/2006), considera nulo el contrato por el que se convenga la gestación y expresa que la filiación será determinada por el parto, se siguen produciendo, amparándose en una regulación internacional diversa, ante lo cual se ha de reconocer normativamente esta práctica como una forma grave de violencia reproductiva, y tomar medidas en el ámbito de la prevención y de la persecución».*

Esta misma consideración del legislador español de que el convenio de gestación por sustitución supone, siempre y en todo supuesto, una grave violencia respecto de los derechos reproductivos de las mujeres o progenitores gestantes se recoge expresamente en el actual artículo 1 LOIVE, que titulado «Objeto» de la Ley, dispone en su inciso segundo que: *«Asimismo, se dirige a prevenir y a dar respuesta a todas las manifestaciones de la violencia contra las mujeres en el ámbito reproductivo»*; precepto que está en íntima conexión con el nuevo artículo 5 LOIVE, titulado «Objetivos y garantías generales de actuación de los poderes públicos» (6), que, en su párrafo 1º establece que: *«Los poderes públicos, en el desarrollo de sus políticas sanitarias, educativas y de formación profesional, y sociales garantizarán:...*

*h) La prevención, sanción y erradicación de cualquier forma de violencia contra las mujeres en relación con la salud, los derechos sexuales y reproductivos...*

*i) El acceso a la justicia y los mecanismos de reparación de las personas cuyos derechos sexuales y reproductivos hayan sido vulnerados».*

Igualmente, en el vigente artículo 10 quinquies LOIVE, titulado «Campañas institucionales de prevención e información», en su párrafo 2º, inciso segundo, se advierte también de la necesidad, en esta sede analizada, de impulsar *«campañas que desmitifiquen todas las formas de violencia en el ámbito reproductivo contenidas en la presente ley, como la gestación por sustitución»*, con lo que se reitera el carácter intrínsecamente dañino que todo convenio gestacional tiene para las mujeres o progenitores gestantes, con independencia de cualquier circunstancia concurrente, como la existencia de una legislación razonable y protectora de la mujer o progenitor gestante —y del hijo que así va a nacer—, su participación voluntaria y libre en tal convenio reproductivo, la gratuidad o altruismo del contrato gestacional, etc.

## **B) Violencia contra las mujeres en el ámbito reproductivo y posible justificación del convenio gestacional**

Existe una importante norma que, referida igualmente a la *«Violencia contra las mujeres en el ámbito reproductivo»* —recogida en el art. 2 LOIVE, titulado «Definiciones», en su apartado 7º—, podría utilizarse como argumento a favor de un convenio gestacional altruista y celebrado libre y voluntariamente por la mujer o el progenitor gestante. En efecto, el citado precepto indica que: *«A los efectos de lo dispuesto en esta ley orgánica, se entenderá por:...*

*7. Violencia contra las mujeres en el ámbito reproductivo: Todo acto basado en la discriminación por motivos de género que atente contra la integridad o la libre elección de las mujeres en el ámbito de la salud sexual y reproductiva, su libre decisión sobre la maternidad, su espaciamento y oportunidad».* Asimismo, en relación con este precepto, el ya indicado artículo 5 LOIVE, titulado «Objetivos y garantías generales de actuación de los poderes públicos», establece claramente en su párrafo 1º que: *«Los poderes públicos, en el desarrollo de sus políticas sanitarias, educativas y de formación profesional, y sociales garantizarán:...*

*e) La eliminación de toda forma de discriminación y de las barreras que impidan el ejercicio pleno de los derechos sexuales y reproductivos».* A su vez, este precepto se conecta con el artículo 24 LOIVE (7), nominado «Responsabilidad institucional», que, en su párrafo 1º dispone que las *«administraciones públicas se abstendrán de realizar cualquier acto que vulnere los derechos sexuales y reproductivos establecidos en esta ley orgánica y se asegurarán de que autoridades, personal funcionario, agentes e instituciones estatales y autonómicas, así como los demás actores que actúen en nombre de las anteriores se comporten de acuerdo con esta obligación»*; completándose en su párrafo 3º que las *«administraciones públicas, en el ámbito de sus competencias, tomarán las medidas integrales y eficaces para prevenir, proteger, investigar, sancionar, erradicar y reparar las vulneraciones de*

los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres».

El legislador español parte del postulado primordial de que si no se respeta la libre decisión de una mujer o progenitor gestante, existirá, inequívocamente, violencia contra su libertad reproductiva

Obsérvese, por consiguiente, que el legislador español parte del postulado primordial de que si no se respeta la libre decisión de una mujer o progenitor gestante a los efectos de ejercer su derecho a la maternidad, existirá, inequívocamente, violencia contra su libertad reproductiva, por lo que cabe, legítimamente, preguntarse si no ocurrirá esto también si a la mujer o al progenitor gestante, que desea libremente intervenir en un convenio de gestación por sustitución se le impide tal participación en contra de su propia voluntad, consciente y debidamente informada de todas las consecuencias físicas, psicológicas y jurídicas de tal convenio gestacional. Téngase en cuenta, además, que la necesidad de informar debidamente a la mujer o al

progenitor gestante que participe en un convenio de gestación por sustitución o subrogación estaría contenida y prevenida en el propio artículo 7 bis LOIVE, titulado «Atención a la salud reproductiva», que, en su apartados a) y d), dice que: «Los servicios públicos de salud garantizarán:

a) La calidad de los servicios de atención a la salud integral y en especial de la promoción e implementación de estándares de atención basados en el mejor y más actualizado conocimiento científico disponible respecto de la salud reproductiva...

d) La garantía de información accesible sobre los derechos reproductivos, las prestaciones públicas, la cobertura sanitaria durante el embarazo, parto y puerperio, así como sobre los derechos laborales y otro tipo de prestaciones y servicios públicos vinculados a la maternidad y el cuidado de hijos e hijas».

Este último precepto relativo al derecho sustancial a la información en el ejercicio de los derechos reproductivos de las mujeres o progenitores gestantes se complementaría con el vigente artículo 10 quinquies LOIVE, titulado «Campañas institucionales de prevención e información», cuyo párrafo 1, inciso primero, dice al efecto que: «Con el fin de promover los derechos sexuales y reproductivos, las administraciones públicas, en el marco de sus respectivas competencias, impulsarán campañas de concienciación dirigidas a toda la población, que promuevan los derechos previstos en esta ley orgánica, lo que incluye... la promoción de los derechos reproductivos con especial énfasis en la interrupción voluntaria del embarazo, el embarazo, parto y puerperio...». Igualmente, para garantizar este derecho a conocer, tendría aquí cabida la previsión contenida en el actual artículo 25 LOIV (8) , titulado «Sensibilización e información», cuando dispone en su párrafo 1º que: «Las administraciones públicas, en el ámbito de sus competencias, promoverán la adopción de campañas y acciones informativas, accesibles a todas las mujeres tomando en cuenta su situación, que incluyan información sobre sus derechos, y los recursos disponibles en caso de ver vulnerados sus derechos sexuales y reproductivos»; criterio legislativo fundamental que se confirma también en el vigente artículo 27 LOIVE (9) , denominado «Principios», cuando defiende que la mujer o progenitor gestante puede «tomar decisiones informadas sobre su salud reproductiva» (letra a), cuando se refiere al «consentimiento informado de la paciente» (letra b), o cuando requiere expresamente «una información clara y suficiente» (letra c) de dicha mujer o progenitor gestante.

## 2. El convenio de gestación por sustitución o subrogación es radicalmente nulo e ilegal en nuestro ordenamiento jurídico

Partiendo de lo señalado ya en el Preámbulo de la LO 1/2023 (LA LEY 2334/2023), esto es, de «la ilegalidad de la gestación por sustitución establecida en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (LA LEY 5218/2006)», el legislador español reitera —sin necesidad alguna, pues, efectivamente, ya está indicado expresamente en el artículo 10 de la reseñada Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (LA LEY 5218/2006) (LTRHA (LA LEY 5218/2006))—, la nulidad radical de un convenio de gestación por sustitución o subrogación realizado en España. En efecto, este susodicho artículo 10, apartados 1 y 2, LTRHA (LA LEY 5218/2006) declara nulo este convenio gestacional en nuestro ordenamiento jurídico y determina la necesaria maternidad de la mujer gestante por el clásico y obsoleto aforismo de *mater semper certaest*: «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».



Pues bien, recalcando redundantemente esta anterior previsión legal, tras la reforma operada por la comentada LO 1/2023 (LA LEY 2334/2023), dentro del Capítulo III de la LOIVE, titulado «*Medidas de prevención y respuesta frente a formas de violencia contra las mujeres en el ámbito de la salud sexual y reproductiva*», el vigente artículo 32, llamado «*Prevención de la gestación por subrogación o sustitución*», establece literalmente que: «1. *La gestación por subrogación o sustitución es un contrato nulo de pleno derecho, según la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (LA LEY 5218/2006), por el que se acuerda 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. *Se promoverá la información, a través de campañas institucionales, de la ilegalidad de estas conductas, así como la nulidad de pleno derecho del 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.*».

Por su parte, hay que subrayar en este punto que la relevante —y contraria al convenio gestacional— STS (Sala de lo Civil) de 31 de marzo de 2022 indicó que la inadmisibilidad del convenio de gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico «deriva no solamente de que el art. 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida establezca la nulidad de pleno derecho de estos contratos y que la filiación materna del niño nacido por gestación por sustitución será determinada por el parto. Deriva también de que el contrato de gestación por sustitución vulnera gravemente los derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución y en los convenios internacionales sobre derechos humanos en los que España es parte».

#### **IV. La actual prohibición terminante de la publicidad de las agencias de intermediación en el ámbito de la gestación por sustitución**

Ya la Instrucción de la antigua Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2019 anticipaba el reproche —a mi juicio, injusto y desproporcionado— a las agencias de intermediación cuando indicaba que: «Resulta además claro que la lucrativa actividad de las agencias mediadoras que operan en este terreno no puede considerarse ajustada a derecho» (10).

Posteriormente y en la misma línea anterior, la trascendente y mencionada ya STS (Sala de lo Civil) de 31 de marzo de 2022, expuso que las «agencias que intermedian en la gestación por sustitución actúan sin ninguna traba en nuestro país, hacen publicidad de su actividad (basta con usar como términos de búsqueda *gestación subrogada* u otros similares en un buscador de Internet para encontrar una amplia oferta de estas agencias dirigida al público español) pese a que el art. 3.1 de la Ley General de Publicidad considera ilícita «*la publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución Española (LA LEY 2500/1978)*». Estas agencias han organizado en España *ferias* presenciales de gestación subrogada en las que publicitan y promueven sus *servicios*»; igualmente, el Alto Tribunal continuó argumentando que los derechos de la mujer gestante y de los niños así nacidos «resultarían gravemente lesionados si se potenciara la práctica de la gestación subrogada comercial porque se facilitara la actuación de las agencias de intermediación en la gestación por sustitución, en caso de que estas pudieran asegurar a sus potenciales clientes el reconocimiento casi automático en España de la filiación resultante del contrato de gestación subrogada, pese a la vulneración de los derechos de las madres gestantes y de los propios niños, tratados como simples mercancías y sin siquiera comprobarse la idoneidad de los comitentes para ser reconocidos como titulares de la patria potestad del menor nacido de este tipo de gestaciones» (11).

Pues bien, en igual sentido, como se advierte ya en el Preámbulo de la LO 1/2023 (LA LEY 2334/2023), se «*refuerza la ilegalidad de la gestación por sustitución establecida en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (LA LEY 5218/2006), mediante la prohibición de la publicidad de las agencias de intermediación*». Esta previsión se concreta después legalmente en el vigente artículo 33 LOIVE, titulado «*Prohibición de la promoción comercial de la gestación por sustitución*», que dispone expresamente que: «*En coherencia con lo establecido en el párrafo cuarto del artículo 3.a) de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad (LA LEY 2065/1988), las administraciones públicas legitimadas conforme al artículo 6 de dicha Ley instarán la acción judicial dirigida a la declaración de ilicitud de la publicidad que promueva las prácticas comerciales para la gestación por sustitución y a su cese*». Para completar esta disposición prohibitiva se han realizado dos modificaciones legales. De una parte, se ha añadido un párrafo final a la letra a) del mencionado artículo 3 de dicha Ley General de Publicidad de 1988 (LA LEY 2065/1988) (12) que tiene ahora el siguiente contenido: «*Igualmente, se considerará incluida en la previsión anterior la publicidad que promueva las prácticas*

comerciales para la gestación por sustitución». De otro lado, se ha reformado el párrafo segundo del artículo 6 de la susodicha Ley General de Publicidad de 1988 (LA LEY 2065/1988), de manera que, para hacer frente a esta «publicidad ilícita... por promover las prácticas comerciales para la gestación por sustitución», se amplía la legitimación activa para ejercitar las acciones correspondientes a:

a) La Delegación del Gobierno para la Violencia de Género.

b) El Instituto de la Mujer o su equivalente en el ámbito autonómico.

c) Las asociaciones legalmente constituidas que tengan como objetivo único la defensa de los intereses de la mujer y no incluyan como asociados a personas jurídicas con ánimo de lucro.

d) El Ministerio Fiscal».

En definitiva, la razón de estas nuevas disposiciones legales podría encontrarse, por tanto, en las conclusiones realizadas por la ya indicada y terminante STS (Sala de lo Civil) de 31 de marzo de 2022, cuando expuso literal y categóricamente que no «es preciso un gran esfuerzo de imaginación para hacerse una cabal idea de la situación económica y social de vulnerabilidad en la que se encuentra una mujer que acepta someterse a ese trato inhumano y degradante que vulnera sus más elementales derechos a la intimidad, a la integridad física y moral, a ser tratada como una persona libre y autónoma dotada de la dignidad propia de todo ser humano. Y, como ocurre en estos casos, aparece en el contrato la agencia intermediadora cuyo negocio lo constituye este tipo de prácticas vulneradoras de los derechos fundamentales».

## **V. Los argumentos legales para justificar el acceso voluntario y libre de la mujer o progenitor gestante al aborto y su posible aplicación para autorizarles también a participar libremente en un convenio de gestación por sustitución**

### **1. La consagración internacional de la salud sexual y reproductiva como posible derecho humano de la mujer o progenitor gestante**

#### **A) Las indicaciones primordiales del preámbulo de la LO 1/2023**

Recoge el indicado Preámbulo de la LO 1/2023 (LA LEY 2334/2023) que: «La conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo de El Cairo de 1994 y la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer de Pekín de 1995 desarrollaron el concepto de salud sexual y reproductiva en clave de derechos. Desde entonces, y gracias a la labor de las convenciones y de los Comités de la ONU que los interpretan y vigilan su cumplimiento, se han adoptado un estándar de protección para los derechos sexuales y reproductivos que inspira esta Ley Orgánica.

El derecho a la salud sexual y reproductiva forma parte del derecho de todas las personas al más alto nivel posible de salud física y mental. Más concretamente, la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos relaciona la salud sexual y reproductiva de las mujeres con los derechos humanos, incluyendo el derecho a la vida, a la salud, a la intimidad, a la educación y a la prohibición de discriminación.

La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, en su artículo 16 (LA LEY 2640/1979), establece el derecho de las mujeres a decidir de manera libre y responsable sobre su maternidad y el derecho a acceder a la información y a la educación que les permitan ejercer esos derechos. El comité que vigila su cumplimiento (Comité CEDAW) señala que los Estados tienen la obligación de respetar, proteger y garantizar los derechos a la salud sexual y reproductiva, a través de recursos que han de estar disponibles, ser accesibles física y económicamente, y cumplir todos los estándares de calidad.

La Resolución del Parlamento Europeo, de 24 de junio de 2021, sobre la situación de la salud y los derechos sexuales y reproductivos en la Unión, en el marco de la salud de las mujeres (LA LEY 14758/2021), incide sobre la importancia de garantizar los derechos sexuales y reproductivos en la Unión Europea, en el marco de la salud de las mujeres, al definir la salud reproductiva y sexual como un estado de bienestar físico, emocional, mental y social en relación con todos los aspectos de la sexualidad y la reproducción, no simplemente la ausencia de enfermedad, disfunción o dolencias; y al afirmar que todas las personas tienen derecho a tomar decisiones que rijan sus cuerpos sin discriminación, coacción ni violencia y a acceder a servicios de salud reproductiva y sexual que respalden dicho derecho y ofrezcan un enfoque positivo de la sexualidad y la reproducción, dado que la sexualidad es una parte integrante de la existencia humana».

## 2. Contenido actual de la reformada LOIVE

### A) Conceptuación de la salud sexual y de la reproductiva

Conforme a los párrafos 2º y 3º del vigente artículo 2 LOIVE, titulado «Definiciones», a «los efectos de lo dispuesto en esta ley orgánica, se entenderá por:...

2. *Salud sexual: El estado general de bienestar físico, mental y social, que requiere un entorno libre de coerción, discriminación y violencia y no la mera ausencia de enfermedad o dolencia, en todos los aspectos relacionados con la sexualidad de las personas. Es también un enfoque integral para analizar y responder a las necesidades de la población, así como para garantizar el derecho a la salud y los derechos sexuales.*

3. *Salud reproductiva: El estado general de bienestar físico, mental y social, y no la mera ausencia de enfermedad o dolencia, en todos los aspectos relacionados con la reproducción (humana). Es también un enfoque integral para analizar y responder a las necesidades de la población, así como para garantizar el derecho a la salud y los derechos reproductivos».*

### B) la salud sexual y reproductiva en la legislación vigente en esta sede

Tras la reforma producida por la estudiada LO 1/2023 (LA LEY 2334/2023), el vigente artículo 1 LOIVE, titulado «Objeto», en su inciso primero, se recoge expresamente que: «Esta ley orgánica tiene por objeto garantizar los derechos fundamentales en el ámbito de la salud sexual y de la salud reproductiva, regular las condiciones de la interrupción voluntaria del embarazo y de los derechos sexuales y reproductivos, así como establecer las obligaciones de los poderes públicos para que la población alcance y mantenga el mayor nivel posible de salud y educación en relación con la sexualidad y la reproducción». Más concretamente, el actual artículo 3 LOIVE, titulado «Principios rectores y ámbito de aplicación», en su párrafo 1º, letra a) establece que: «1. A efectos de esta ley orgánica, serán principios rectores de la actuación de los poderes públicos los siguientes:

a) *Respeto, protección y garantía de los derechos humanos y fundamentales. La actuación institucional y profesional llevada a cabo en el marco de esta ley orgánica se orientará a respetar, proteger y garantizar los derechos humanos previstos en los tratados internacionales de derechos humanos», esto es, en esta sede, los derechos humanos y fundamentales involucrados en el derecho a la salud sexual y reproductiva de todas las personas.*

## VI. La salud sexual y reproductiva como fundamento cardinal del acceso voluntario y libre al aborto

### 1. Las garantías legales de la salud sexual y reproductiva: el acceso al aborto como verdadero derecho

Junto a las ya citadas normas referidas a la protección de la salud sexual y reproductiva, existen otras disposiciones en la vigente normativa que refuerzan el compromiso de los poderes públicos respecto de la obligación de preservarlas. Así, el ya mencionado artículo 3 LOIVE, relativo a los principios rectores de la nueva regulación aprobada, en su párrafo 1º, letra b), establece expresamente que: «Es responsabilidad de los poderes públicos a todo nivel actuar con la diligencia debida en la protección de la salud y de los derechos sexuales y reproductivos, garantizando su reconocimiento y ejercicio efectivo. La obligación de actuar con diligencia debida se extenderá a todas las esferas de la responsabilidad institucional, e incluye el deber de hacer efectiva la responsabilidad de las autoridades y agentes públicos en caso de incumplimiento».

Pues bien, en este punto surge la cuestión fundamental de si el acceso al aborto constituye un auténtico derecho o únicamente una posibilidad legalmente reconocida de hacer efectiva la salud sexual y reproductiva. Ciertamente, a pesar de toda la normativa citada anteriormente, alguna doctrina puntualiza que el acceso al aborto no es un derecho fundamental extraído del Convenio Europeo de Derechos Humanos (LA LEY 16/1950), por lo que *a priori* no puede prevalecer sobre la protección de la vida humana del no nacido, ni como derecho ubicado en el artículo 3 CEDH (LA LEY 16/1950) («derecho a la vida») ni como manifestación del artículo 8 CEDH (LA LEY 16/1950) («vida privada y familiar») (13). Respecto de este último precepto citado, existe una nutrida posición doctrinal que expone que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su interpretación y aplicación del derecho a la vida privada y familiar, en materia reproductiva, no instituye un efectivo «derecho al aborto» *stricto sensu*; ni tampoco puede entenderse que cuando dicho Tribunal Europeo compele a los Estados para que admitan y hagan efectivo este acceso al aborto, esté reconociendo un tal «derecho al aborto» como derecho genuino estatalmente implantado. En definitiva, se concluye,



tanto los Estados nacionales como el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos lo que están haciendo es constituir unos sistemas legales de despenalización parcial del aborto, y, en base al reconocimiento y protección de la salud sexual y reproductiva, una posibilidad de acceso al aborto legal, que no un derecho subjetivo de las mujeres o progenitores gestantes. Por otra parte, se concluye, un específico derecho al aborto tampoco está consagrado ni en el Derecho Europeo ni en el Derecho Internacional (14) .

## **2. El ejercicio de la libertad sexual y reproductiva y sus límites: la posibilidad de incluir en esta sede la participación libre de la mujer o progenitor gestante en un convenio de gestación por sustitución**

En principio, hay que recordar que, como ya indicaba el Preámbulo de la estudiada LO 1/2023 (LA LEY 2334/2023), la Resolución del Parlamento Europeo, de 24 de junio de 2021, sobre la situación de la salud y los derechos sexuales y reproductivos en la Unión, en el marco de la salud de las mujeres (LA LEY 14758/2021), partía del postulado primordial de que *«todas las personas tienen derecho a tomar decisiones que rijan sus cuerpos sin discriminación»*, de manera que dentro de dicha libertad intrínseca de decisión se incluye, necesariamente, la de interrumpir voluntariamente el embarazo, en nuestro ordenamiento jurídico hasta las catorce semanas de gestación (ex art. 14 LOIVE). Cabría preguntarse, por consiguiente, si esta misma libertad reproductiva y de decidir sobre el propio cuerpo de la mujer o progenitor gestante podría extenderse, igualmente, a la de participar, altruista, libre y voluntariamente en un convenio de gestación por sustitución o subrogación. Este autor entiende que no habría ninguna justificación en estos supuestos para que la libertad de actuación quedara restringida, ya que, en definitiva, se trataría del ejercicio voluntario de la misma libertad a disponer del propio cuerpo que tiene una mujer o progenitor gestante. Vamos a estudiar más detalladamente si de la nueva regulación podría surgir algún impedimento principal para que una mujer o progenitor gestante pudiera acudir libremente al aborto —eso sí, dentro de las limitaciones establecidas por la normativa actual— y, en cambio, no pudiera intervenir en un convenio gestacional rodeado de todas las garantías legales necesarias para la protección de las personas participantes (15) .

El ya reiterado y fundamental nuevo artículo 3 LOIVE, referido literalmente a los *«Principios rectores y ámbito de aplicación»* de la vigente normativa, pretende que se protejan eficazmente los derechos contenidos en ella, indicando en su párrafo 1º, letra a), inciso segundo, que, dentro *«de tales derechos, los poderes públicos reconocen especialmente:*

*1º. Que todas las personas (no sólo las mujeres o progenitores gestantes), en el ejercicio de sus derechos de libertad, intimidad, la salud y autonomía personal, pueden adoptar libremente decisiones que afectan a su vida sexual y reproductiva sin más límites que los derivados del respeto a los derechos de las demás personas y al orden público garantizado por la Constitución y las leyes».*

Veamos el alcance de estos límites en relación con el ejercicio de la vida sexual y reproductiva:

### **A) El límite del respeto a los derechos de las demás personas**

Como se ha indicado, el *«respeto a los derechos de las demás personas»* (art. 3.1º a, inciso segundo LOIVE) se establece expresamente como un límite que no puede traspasarse en orden a permitir el ejercicio de la libertad sexual y reproductiva de las mujeres o progenitores gestantes. Me surge en este punto la duda de si el legislador ha sido consciente de la contradicción en la que incurre cuando fija, explícitamente, esta limitación en esta sede de acceso al aborto. Obsérvese que si se permite a la mujer o progenitor gestante la interrupción voluntaria del embarazo frente a la posible posición contraria del padre o progenitor no gestante, ¿no supondría ello una decisión que vulnera *«los derechos de las demás personas»* interesadas en la gestación?, en particular, ¿no infringiría esa libertad reproductiva el derecho a la reproducción de los padres o progenitores no gestantes?, o ¿es que el derecho reproductivo de las mujeres o progenitores gestantes debe anteponerse siempre al de los padres o progenitores no gestantes? No se olvide que, además de preservar el *«respeto a los derechos de las demás personas»*, el legislador establece expresamente que *«todas las personas»* (no sólo las mujeres o progenitores gestantes) tienen derecho a la equivalente protección de sus libertades sexuales y reproductivas (ex art. 3.1º a, inciso segundo LOIVE).

En este punto, tenemos dos trascendentes SSTEDH, de una parte, el caso *H. c. Noruega*, de 19 de mayo de 1992, en el que se decidió que la decisión de la mujer, tomada dentro de los términos permitidos por la legislación de su país, no excedía del margen de discrecionalidad del Estado, y por tanto, rechazó la demanda de la pareja de la mujer que se fundaba en la realización de un aborto contra la voluntad de dicha pareja. Por otra parte, en el caso *Boso c.*

*Italia*, de 5 de septiembre de 2002, planteado por la demanda de un hombre que quería impedir que la mujer abortara —el aborto todavía no se había practicado—, al tratarse de un interesado en la procreación, el TEDH estimó que la ley italiana aplicable, que autorizaba la interrupción voluntaria del embarazo para proteger la salud de la madre, «establecía un justo equilibrio entre los intereses de la mujer y el interés estatal en proteger al feto» (FD 1º, penúltimo párr.). En definitiva, la doctrina sentada por el TEDH en esta cuestión es que cualquier interpretación del derecho del padre potencial en virtud del artículo 8 CEDH (LA LEY 16/1950), en el caso de un aborto que la madre propone que se le practique, debe tener en cuenta ante todo los derechos de dicha madre, ya que es a ella a quien concierne esencialmente el embarazo, su continuación o su interrupción, de manera que, en estos supuestos de acceso al aborto, el respeto a la vida privada y familiar de dicho padre potencial no puede interpretarse de forma tan amplia que incluya el derecho a ser consultado o el derecho a interponer un recurso ante un tribunal (16) .

Algún sector doctrinal advierte que no puede considerarse que el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo sea un logro para la liberación o autorrealización de las mujeres

Por otra parte, también el acceso al aborto afecta, primordialmente, a otro tercero, esto es, al concebido, en cuanto que no va a poder nacer, de ahí que algún sector doctrinal advierte que no puede considerarse que el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo sea un logro para la liberación o autorrealización de las mujeres, sino, muy al contrario, incluye un elemento de «desdoro» por las connotaciones morales que implica la decisión de acabar con la vida de un tercero que además es el propio hijo (17) .

En cambio, obsérvese que el convenio de gestación por sustitución no transgrediría el derecho reproductivo de otras personas sino, justamente al contrario, permitiría a los comitentes alcanzar la maternidad o paternidad que sin dicho convenio gestacional jamás podrían conseguir por otros medios establecidos en la LTRHA (LA LEY 5218/2006), y, además, sería un mecanismo que favorecería a los futuros nacidos venir al mundo. Es más, si a una mujer o progenitor gestante se le impide participar altruistamente en este convenio gestacional se estaría vulnerando su libertad reproductiva, del mismo modo que si no se le permitiera acceder al aborto, pues, en definitiva, ambas decisiones, tomadas libre y conscientemente, suponen el ejercicio de dicha autonomía reproductiva. En este sentido indicado, el reiterado artículo 3 LOIVE, relativo a los «*Principios rectores*» de la actual regulación, y que, como sabemos, procura el amparo de los derechos contenidos en la misma, entiende en su párrafo 1º, letra a), inciso segundo, que, dentro «*de tales derechos (reconocidos legalmente), los poderes públicos reconocen especialmente:... 2.º Los derechos reproductivos y el derecho a la maternidad libremente decidida*». Con ello se refuerza la autonomía de la mujer o progenitor gestante para decidir libremente cómo ejercitar su decisión de reproducirse, bien interrumpiendo su embarazo, bien gestando y llevando a término dicha gestación, para sí o a favor de los comitentes.

### **B) la limitación primordial del respeto al orden público garantizado por la constitución y las leyes**

A la espera del texto de la Sentencia del Tribunal Constitucional que fundamente la ya anunciada constitucionalidad del acceso al aborto y su cabida dentro del orden público español, cabría plantearse si la realización de un convenio de gestación por sustitución —aun hecho por españoles en un país que reconozca su validez y lo reglamente—, podría considerarse como contrario a dicho orden público. En esta materia, la relevante y ya señalada STS (Sala de lo Civil) de 31 de marzo de 2022 expuso que en «nuestra anterior sentencia de pleno 835/2013, de 6 de febrero, y en el posterior auto de 2 de febrero de 2015 que desestimó la solicitud de nulidad de dicha sentencia, sostuvimos que la pretensión de reconocer la filiación determinada por una autoridad extranjera como consecuencia de un contrato de gestación por sustitución era contraria (manifiestamente contraria, podemos precisar) al orden público español».

Pues bien, a pesar de esta reiterada posición jurisprudencial, entiendo que el convenio de gestación por sustitución o subrogación no es contrario al orden público español, pues, en otro caso, no se permitiría la inscripción en nuestro Registro Civil de la filiación jurídica derivada de un tal convenio reproductivo realizado por españoles en un país extranjero que lo admita y regule. Eso sí, para esta registración se exige, ineludiblemente, previa sentencia firme que declare la filiación jurídica del nacido respecto del comitente español conforme a lo dispuesto en la antigua, pero todavía vigente Instrucción de la antigua Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010 (18) . Como confirmó en este punto la muy criticable (19) Instrucción de esa misma anterior Dirección General de 18 de febrero de 2019, las «solicitudes de inscripción en el Registro Civil consular de la filiación de menores nacidos con posterioridad a la publicación de esta Instrucción, no serán estimadas salvo que exista una sentencia de las

autoridades judiciales del país correspondiente que sea firme y dotada de *exequatur*, u objeto del debido control incidental cuando proceda, de conformidad con la Instrucción de 5 de octubre de 2010 (LA LEY 20227/2010)».

Además, por poner solo un ejemplo relevante, en el ámbito de los tribunales internacionales, la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos —TEDH—, en una relevante Opinión Consultiva del Protocolo Núm. 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos (LA LEY 16/1950) (20) —CEDH— de 10 de abril de 2019 (21) declaró que el «derecho al respeto de la vida privada, en el sentido del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (LA LEY 16/1950), de un niño nacido en el extranjero a través de un acuerdo de gestación subrogada requiere que la legislación nacional prevea la posibilidad de reconocer una relación jurídica paterno-filial con la madre comitente, designada en el certificado de nacimiento legalmente establecido en el extranjero como la *madre legítima*». Es más, también se prevé por el TEDH el supuesto de que la madre comitente o de intención hubiese aportado su material genético para la fecundación *in vitro* origen del convenio de gestación por sustitución, de manera que, como dice el Dictamen estudiado, tratándose de «un niño nacido en el extranjero mediante un acuerdo de gestación subrogada y concebido con óvulos de la madre comitente, el Tribunal considera importante subrayar que, cuando la situación es similar a la planteada en el presente procedimiento, en tal caso se ejerce con más razón la exigencia de prever la posibilidad de reconocer la relación jurídica entre el niño y la madre comitente» (22) .

Por todas las consideraciones anteriores, puede afirmarse que no es contraria a nuestro orden público la filiación jurídica que derive de un convenio de gestación por sustitución realizado por españoles en país extranjero que lo permita y regule, pues se permite su registración en ciertas condiciones en nuestro Registro Civil. De ser contraria a nuestro orden público español, jamás se permitiría la inscripción de una filiación jurídica derivada de convenio gestacional, aun constando en previa resolución judicial extranjera, como tampoco se admitiría, por ejemplo, la constancia en nuestro Registro Civil español de la filiación jurídica de un *nasciturus* (exart. 30 CC (LA LEY 1/1889) *a contrario*), y ello aunque lo permitiese y lo recogiese una tal resolución judicial extranjera (23) . En cambio, lo que sí constituye un principio de orden público es la protección del interés del menor, de ahí que proceda la inscribibilidad de su filiación en estos supuestos de gestación por sustitución, y ello «conforme al principio constitucional y europeo de plena protección del menor, principio de orden público e inderogable», como recordaba la invalidada y derogada Instrucción de la DGRN de 14 de febrero de 2019 en relación con la doctrina jurisprudencial del TEDH. En efecto, respecto de la normativa europea, el artículo 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (LA LEY 12415/2007) —CDFUE (24) —, titulado «Derechos del menor», establece también en esta sede que: «1. Los menores tienen derecho a la protección... 2. En todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial...».

(1) Publicada en el BOE núm. 51, de 1 de marzo de 2023, y que entró en vigor, conforme a su Disposición final decimoséptima, «el día siguiente al de su publicación», con excepción de algunas normas referidas, básicamente, al régimen de la Seguridad Social. La que he llamado LOIVE se publicó en el BOE núm. 55, de 4 de marzo de 2010, y entró en vigor el 4 de marzo de 2010.

(2) Este precepto se incluye en el nuevo Capítulo III de la LOIVE, titulado «Medidas en el ámbito de la educación y la sensibilización relativas a los derechos sexuales y reproductivos».

(3) Publicada en el BOE núm. 51, de 1 de marzo de 2023, y que entró en vigor, conforme a su Disposición final vigésima, «el día siguiente al de su publicación».

(4) Frente a viento y marea, he defendido que, para solventar legítimamente problemas de infertilidad no salvables mediante los mecanismos establecidos en la actual Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida de 2006 (LA LEY 5218/2006), y favorecer el tutelable anhelo de paternidad o maternidad biológica, debería abordarse por el legislador patrio una razonable regulación del convenio de gestación por sustitución o subrogación en nuestro ordenamiento jurídico. Dicha regulación podría realizarse de acuerdo con las propias premisas extraíbles de la trascendental Instrucción de la antigua Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010. En efecto, atendiendo a su clarividente Exposición de Motivos y a sus concretas y claras directrices, podríamos fijar las siguientes claves fundamentales: 1ª. Fecundación de la mujer gestante con la aportación de material genético de, al menos, uno de los padres o madres comitentes españoles; 2ª. Capacidad de obrar plena y consentimiento voluntario de las partes contratantes; 3ª. Irrevocabilidad *ab initio* del consentimiento prestado por los intervinientes en el convenio gestacional; 4ª. Posibilidad de que el hijo así nacido pudiera conocer su origen biológico (VELA SÁNCHEZ, Antonio José: «Mecanismos o argumentos, en la situación jurídica actual, para inscribir la filiación derivada de convenio gestacional hecho en país extranjero. A propósito de la pesadilla de Kiev y de la malograda Instrucción de la DGRN de 14 de febrero de 2019», *Diario La Ley*, núm. 9396, 12 de abril de 2019, p. 2).

Respecto de mis estudios en esta materia, *vid.* VELA SÁNCHEZ, Antonio José: «La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler. Cuestiones que suscita la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución», *Diario La Ley*, núm. 7608, 11 de abril de 2011, pp. 1 y ss.; «Propuesta de regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España. El recurso a las madres de alquiler: a propósito de la Instrucción de la DGRN de 5 de

octubre de 2010», *Diario La Ley*, núm. 7621, 3 de mayo de 2011, pp. 1 y ss.; «Problemas prácticos del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en nuestro ordenamiento jurídico», *Revista de Derecho de Familia*, núm. 53, 2011, pp. 67 y ss.; «De nuevo sobre la regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España. A propósito de la SAP de Valencia de 23 de noviembre de 2011», *Diario La Ley*, núm. 7815, 9 de marzo de 2012, pp. 8 y ss.; *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*, Comares, Granada, 2012; «La gestación por encargo desde el análisis económico del derecho: medidas anticrisis desde el Derecho de Familia», *Diario La Ley*, núm. 8055, 8 al 14 de abril de 2013, pp. 8 y ss.; «El interés superior del menor como fundamento de la inscripción de la filiación derivada del convenio de gestación por encargo», *Diario La Ley*, núm. 8162, 3 de octubre de 2013, pp. 1 y ss.; «Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución no pueden ser inscritos en el Registro Civil español. A propósito de la STS de 6 de febrero de 2014 (LA LEY 2868/2014)», *Diario La Ley*, núm. 8279, 26 de marzo de 2014, pp. 1 y ss.; «Soluciones prácticas para la eficacia en España de un convenio de gestación por encargo. De nuevo a propósito de la STS de 6 de febrero de 2014», *Diario La Ley*, núm. 8309, 13 de mayo de 2014, pp. 14 y ss.; «Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución pueden ser inscritos en el Registro Civil español. A propósito de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de junio de 2014», *Diario La Ley*, núm. 8415, 6 de noviembre de 2014, pp. 9 y ss.; *Técnicas de gestación por encargo: tratamiento judicial y soluciones prácticas para su eficacia en España*, Reus, Madrid, 2015; «Comentario a la Iniciativa Legislativa Popular para la regulación de la Gestación por Subrogación en España», *Diario La Ley*, núm. 8457, 13 de enero de 2015, pp. 9 y ss.; «Erre que erre: el Tribunal Supremo niega la inscripción de la filiación de los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución. A propósito del Auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015», *Diario La Ley*, núm. 8600, 8 de septiembre de 2015, pp. 9 y ss.; «La gestación por sustitución en las Salas de lo Social del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia. A propósito de la prestación por maternidad en los casos de nacimientos derivados de convenio gestacional», *Diario La Ley*, núm. 8927, de 22 de febrero de 2017, pp. 1 y ss.; «¿Ha variado el TEDH su doctrina favorable a los convenios de gestación por sustitución realizados en países que legalmente los permiten? A propósito de la Sentencia de la Gran Sala del TEDH de 24 de enero de 2017», *Diario La Ley*, núm. 8953, 3 de abril de 2017, pp. 1 y ss.: «¿En serio? Yo alucino con el Comité. A propósito del "Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada" de 19 de mayo de 2017», *Diario La Ley*, núm. 9035, 6 de septiembre de 2017, pp. 1 y ss.; «Crimen en el bar. Regulemos ya en España el convenio de gestación por sustitución», *Diario La Ley*, núm. 9056, 6 de octubre de 2017, pp. 1 y ss.; «Mecanismos o argumentos, en la situación jurídica actual, para inscribir la filiación derivada de convenio gestacional hecho en país extranjero...», *cit.*, pp. 1 y ss.; «Análisis estupezado de la Instrucción de la DGRN de 18 de febrero de 2019, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución», *Diario La Ley*, núm. 9453, 10 de julio de 2019; y «Gestación por sustitución y adopción. A propósito de la Opinión Consultiva del Protocolo Núm. 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos (LA LEY 16/1950) del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 10 de abril de 2019, y de varias Sentencias de Audiencias Provinciales», *Diario La Ley*, núm. 9609, 7 de abril de 2020.

En cuanto al convenio de gestación por sustitución en el ordenamiento jurídico portugués y que podría servirnos, en su caso, como un primer modelo de regulación, pueden consultarse también los siguientes artículos de este mismo autor: «La gestación por sustitución se permite en Portugal. A propósito de la Ley portuguesa núm. 25/2016, de 22 de agosto», *Diario La Ley*, núm. 8868, 22 de noviembre de 2016, pp. 1 y ss.; «La gestación por sustitución ya es efectiva en Portugal. A propósito del Reglamento portugués núm. 6/2017, de 31 de julio», *Diario La Ley*, núm. 9091, 29 de noviembre de 2017, pp. 1 y ss.; «Y el sueño se convirtió en pesadilla: el Tribunal Constitucional portugués declara la inconstitucionalidad de la legislación sobre gestación por sustitución (I). A propósito de la STC portugués núm. 225/2018, de 24 de abril», *Diario La Ley*, núm. 9237, 12 de julio de 2018, pp. 1 y ss.; «Y el sueño se convirtió en pesadilla: el Tribunal Constitucional portugués declara la inconstitucionalidad de la legislación sobre gestación por sustitución (II). A propósito de la STC portugués núm. 225/2018, de 24 de abril», *Diario La Ley*, núm. 9250, 3 de septiembre de 2018, pp. 1 y ss.; y «Régimen jurídico definitivo de la gestación por sustitución en Portugal. A propósito de la Ley portuguesa núm. 90/2021, de 16 de diciembre, que contiene el certificado de defunción del convenio gestacional luso», *Diario La Ley*, núm. 10003, de 4 de febrero de 2022.

- (5) También en el aborto se considera por parte de la doctrina que existe una vulneración de la dignidad del *nasciturus*: «Para que la vida, integridad o dignidad del embrión o del feto pudiera sujetarse a la arbitraria autodeterminación de otro sujeto, en este caso la mujer gestante, habría que considerarlo en términos jurídicos como una cosa, un objeto, y quebrar el tratamiento unitario que recibe el ser humano por parte del Derecho civil y el principio de igualdad esencial entre el concebido y el nacido, ambos basados en la igual dignidad de todo ser humano en cualquiera de sus fases» (CORRIPIO GIL-DELGADO, María de los Reyes: «El ser humano en gestación. Hacia un estatuto civil del *hijo no nacido*», *Revista de Derecho Civil*, Vol. 5, núm. 4, octubre-diciembre, 2018, p. 171).
- (6) Precepto que se halla en el actual Capítulo I de la LOIV que, tras la reforma por la LO 1/2023 (LA LEY 2334/2023), se titula ahora «*Políticas públicas para la promoción de la salud sexual y reproductiva*», Capítulo que, a su vez, se contiene en el vigente Título I de la LOIVE, nominado «*Responsabilidad institucional en el ámbito de la salud, los derechos sexuales y reproductivos*».
- (7) Este precepto está incluido en el Título III de la LOIV, titulado «*Protección y garantía de los derechos sexuales y reproductivos*», y dentro de su Capítulo I, llamado «*Alcance de la responsabilidad institucional*».
- (8) Este precepto también se incluye en el nuevo y mencionado Título III de la LOIV, titulado «*Protección y garantía de los derechos sexuales y reproductivos*», y dentro de su Capítulo I, llamado «*Alcance de la responsabilidad institucional*».
- (9) Artículo que se incardina en el vigente y repetido Título III de la LOIV, titulado «*Protección y garantía de los derechos sexuales y reproductivos*», y dentro de su Capítulo II, llamado «*Protección y garantía de los derechos sexuales y reproductivos en el ámbito ginecológico y obstétrico*».
- (10) «Nada más lejos de la realidad, ni más esperpéntico que acusar a las agencias mediadoras de enriquecimiento torticero cuando son las que procuran el acceso de los españoles al convenio gestacional en países que legalmente lo permiten y realizan todas las gestiones precisas para ello. Precisamente, una regulación adecuada del convenio gestacional en nuestro ordenamiento jurídico permitiría un control más efectivo de la actuación de estas agencias de mediación» (VELA SÁNCHEZ, Antonio José: «Análisis estupezado de la Instrucción de la DGRN de 18 de febrero de 2019...», *cit.*, p. 8).
- (11) Recientemente, BARRÓN LÓPEZ, M.ª Carmen («Análisis de la protección del interés superior del nacido en la gestación por sustitución a propósito de la STS, Sala de lo Civil, Sección de Pleno 277/2022, de 31 de marzo (LA LEY 37309/2022)», *Diario La Ley*, núm. 10246, 13 de marzo de 2023, p. 11), subraya que: «Una vez constatado en la sentencia tanto los convenios internacionales suscritos por España, como el ordenamiento interno español prohíben el uso de estas prácticas y declaran la nulidad de los contratos en virtud de las que se efectúan, el Tribunal pone énfasis en manifestar que la realidad es que las agencias de intermediación actúan y se publicitan libremente en España, siendo una práctica usada por nacionales en el extranjero».

y una vez nacido el niño en el extranjero llega a España, para acabar integrado de manera estable en un núcleo familiar *de facto*».

**(12)** Que, en realidad, no es el párrafo cuarto —como dice el nuevo artículo 33 LOIVE—, sino el tercero, y que está referido a lo establecido con carácter general en el primer párrafo del comentado artículo 3 a) de la Ley General de Publicidad que dispone que: «*La publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución Española (LA LEY 2500/1978), especialmente a los que se refieren sus artículos 14, 18 y 20, apartado 4. Se entenderán incluidos en la previsión anterior los anuncios que presenten a las mujeres de forma vejatoria, bien utilizando particular y directamente su cuerpo o partes del mismo como mero objeto desvinculado del producto que se pretende promocionar, bien su imagen asociada a comportamientos estereotipados que vulnere los fundamentos de nuestro ordenamiento, coadyuvando a generar las violencias a que se refieren la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (LA LEY 1692/2004) y la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual (LA LEY 19383/2022)*».

**(13)** Vid. MARTÍN SÁNCHEZ, María: «El margen de apreciación en el derecho humano a la vida: Restricción de derechos y respuesta del Tribunal de Estrasburgo», *Estudios Constitucionales*, vol. 18, núm. 2, 2020, p. 30.

**(14)** Vid. GONZÁLEZ MORENO, Juana M.<sup>a</sup>. (*La autonomía reproductiva de las mujeres: los límites del Derecho. Un ensayo filosófico jurídico*, Trabe, Oviedo, 2017, pp. 41-42); criterio que confirma en «El aborto en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: algo más que un giro procedimental», *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 37, 2021, p. 190 y ss. Además, por ejemplo, GONZÁLEZ MARSAL, Carmen («Sexualidad y aborto, ¿cuestión de salud? ¿cuestión de derechos?», *Anuario de Derechos Humanos*, Nueva Época, vol. 10, 2009, pp. 285 y ss.), considera que si la despenalización del aborto se funda en la preservación de la salud sexual y reproductiva de las mujeres, ese mismo argumento podría utilizarse para negar su legalización, pues el aborto «daña la salud de la mujer»; y SANZ CABALLERO, Susana («El comienzo y el fin de la vida humana ante el TEDH: el aborto y la eutanasia a debate», *Cuadernos europeos de Deusto*, núm. 31, 2004, p. 166), critica que el «tribunal va aceptando, aun sin pronunciamientos rotundos de su parte y solo mediante la aplicación de la teoría del margen de apreciación, la liberalización del aborto pese al conflicto religioso y moral que ello acarrea». Finalmente, REY MARTÍNEZ, Fernando («¿Es el aborto un derecho en Europa? Comentario a la sentencia *A, B y C vs. Irlanda*, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista de Derecho del Estado*, núm. 27, julio-diciembre, 2011, p. 294), teme que la «*vis expansiva* del derecho a la vida privada podría redundar en que el TEDH acabe diciendo que el aborto es un derecho que se ubica en la penumbra del respeto a la vida privada»; sin olvidar, en esta sede estudiada, que el «rechazo de un individuo por razones religiosas, morales o éticas a ser partícipe de acciones que directa o indirectamente, incluso en potencia, puedan tener como resultado acabar con una vida humana, constituye la manifestación más extrema del fenómeno jurídico de la objeción de conciencia... (como sucede) en los casos de despenalización legal del aborto» (VALERO ESTARELLAS, María José: «Vida humana y libertad de conciencia. Una visión desde la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 57, 2021, p. 5).

**(15)** Como también apuntan CALVO SÁNCHEZ, María Dolores y MARTÍN CALVO, María Dolores («Cincuenta años de derechos humanos: la maternidad en España», en *El cincuentenario de los pactos internacionales de derechos humanos de la ONU: Libro homenaje a la profesora M.<sup>a</sup> Esther Martínez Quinteiro, María de la Paz Pando Ballesteros (ed. lit.), Pedro Garrido Rodríguez (ed. lit.), Alicia Muñoz Ramírez (ed. lit.), María Esther Martínez Quinteiro (hom.)*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2018, p. 474): «Incompleto también resultaría este tema sin citar, dentro de esta autodeterminación no expusiéramos el deseo de ser progenitor/a desde la posibilidad de acceder a la maternidad desde las Técnicas de reproducción asistida, la tutela legal o la régimen de acogida,... y siempre desde el amparo y protección a la maternidad o la... polémica maternidad subrogada».

**(16)** «En mi opinión, y así parece entenderlo el TEDH, difícilmente podrían ser admitidas (las demandas de los posibles padres para impedir el aborto), pues no existe un derecho a la procreación, ni a la paternidad, y menos aún a la expectativa o la esperanza de ser padre, que pudiera ponderarse con la libertad de decisión de la madre ni con la protección al no nacido» (MARTÍN SÁNCHEZ, María: «El margen de apreciación en el derecho humano a la vida:..., *cit.*, p. 17).

**(17)** CORRIPIO GIL-DELGADO, María de los Reyes: «El ser humano en gestación...», *cit.*, p. 175.

**(18)** En esta sede, la relevante RDGRN de 19 de diciembre de 2014 —como otras muchas anteriores, por ejemplo, la de 9 de junio de 2011— recoge y sistematiza las condiciones necesarias «a las que la mencionada Instrucción de esta Dirección General de 5 de octubre de 2010 somete la inscripción del nacimiento del menor» en el Registro Civil español, nacimiento producido mediante la realización de un convenio de gestación por sustitución efectuado en país extranjero que legalmente lo permita y regule. Estas condiciones ineludibles serían las siguientes:

«1. ... (La) presentación ante el Encargado del Registro Civil de una resolución judicial dictada por Tribunal competente...

2. ... (Que la) resolución extranjera tiene su origen en un procedimiento equiparable a uno español de Jurisdicción voluntaria, dado que se trata de un procedimiento no litigioso en el que no hay contienda, por lo que el Encargado del Registro civil español está habilitado para reconocer la resolución judicial... con carácter previo a la inscripción, según la doctrina del Tribunal Supremo citada respecto al reconocimiento de resoluciones judiciales extranjeras.

3. ... (Que) el órgano jurisdiccional (extranjero correspondiente)... haya basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española...

4. Debe valorarse especialmente en el reconocimiento de la resolución judicial... que se ha respetado el interés superior (del menor)... de acuerdo a lo exigido por el artículo 3 de la Convención de 20 de noviembre de 1989 sobre los derechos del niño. Asimismo, la ruptura absoluta del vínculo (del menor)... con la madre gestante, quien en adelante no ostentará la patria potestad, garantiza el derecho del menor a disponer de una filiación única, válida para todos los países» (VELA SÁNCHEZ, Antonio José: «Análisis estupefacto de la Instrucción de la DGRN de 18 de febrero de 2019...», *cit.*, pp. 12-13).

**(19)** Criticaba este autor dicha Instrucción por «sus evidentes contradicciones jurídicas —derivadas claramente de una simple comparación con la fulminada Instrucción de la DGRN de 14 de febrero de 2019—, sus ampulosas y quiméricas pretensiones de universalidad en la prohibición del convenio de gestación por sustitución, sus acusaciones desacertadas a las agencias mediadoras en esta sede y, sobre todo, sus decisiones absurdas y crueles, también en relación con la muy apropiada Instrucción de solo cuatro días antes» (VELA SÁNCHEZ, Antonio José: «Análisis estupefacto de la Instrucción de la DGRN de 18 de febrero de 2019...», *cit.*, p. 1).



(20) Convenio Europeo de Derechos Humanos (LA LEY 16/1950), de 4 de noviembre de 1950.

---

(21) Dictamen solicitado por el Tribunal de Casación francés en Demanda núm. P16-2018-0001, en relación con la norma tradicional en esta sede de que la maternidad queda determinada siempre por el parto (*mater semper certa est*), pues, conforme al artículo 311-25 del Código Civil francés, reformado en este punto el 4 de julio de 2005: «*La filiation est établie, à l'égard de la mère, par la désignation de celle-ci dans l'acte de naissance de l'enfant*» («*La filiación se establece, respecto de la madre, por su designación en el acta de nacimiento del niño*»). También el artículo 10.2º LTRHA (LA LEY 5218/2006) establece expresamente que: «*La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto*».

---

(22) Vid.. VELA SÁNCHEZ, Antonio José: «Gestación por sustitución y adopción...», *cit.*, p. 6. También MIRANDA BONILLA, Haideer («Diálogo Judicial Institucional: El Protocolo N.º 16 a la Convención Europea de Derechos Humanos (LA LEY 16/1950) y la posibilidad de plantear opiniones consultivas ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista del Instituto Interamericano de Derecho Humanos*, núm. 73, 2021, p. 78), destaca que en «relación con las cuestiones de fondo que le fueron planteadas, el tribunal afirmó que el derecho del niño al respeto de la vida privada, reconocido en el artículo 8 de la Convención Europea, y el principio del interés superior del menor exigen que la legislación nacional ofrezca la posibilidad de reconocer una relación legal entre padres e hijos con la madre comitente, legalmente designada en el certificado de nacimiento establecido en el extranjero como la madre legal».

---

(23) VELA SÁNCHEZ, Antonio José: «Mecanismos o argumentos, en la situación jurídica actual, para inscribir la filiación derivada de convenio gestacional hecho en país extranjero...», *cit.*, p. 9.

---

(24) Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (LA LEY 12415/2007) (DOUE-Z-2007-70004), publicada en el DOUE núm. 303, de 14 de diciembre de 2007, y con entrada en vigor el 1 de diciembre de 2009.

---