



**VNiVERSiDAD  
D SALAMANCA**

---

**FACULTAD DE DERECHO**

**“GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN. LA SITUACIÓN DE  
LA MUJER GESTANTE”**

TRABAJO FIN DE MASTER QUE PRESENTA MARÍA JOSÉ RUBIO  
SANCHIS, BAJO LA CODIRECCIÓN DE ESTHER TORRELLES  
TORREA Y PILAR MAESTRE CASAS.  
MASTER EN ESTUDIOS INTERDISCIPLINARES DE GÉNERO.

SALAMANCA, 2012.

## *Gestación por sustitución. La situación de la mujer gestante*

---

A todas aquellas mujeres que sufren o  
han sufrido abusos de una sociedad  
que insiste en someterlas.

## ÍNDICE

ABREVIATURAS .....	6
INTRODUCCIÓN .....	7
I) GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN .....	14
1) Concepto.....	14
2) Modalidades.....	16
II) REFERENCIAS HISTÓRICAS .....	18
1) Génesis.....	18
2) Código de Hammurabi.....	19
3) Antiguo Egipto.....	20
4) Antiguas Grecia y Roma.....	21
5) Edad Media.....	21
III) LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN ESPAÑA .....	23
1) Legislación española.....	23
A. <i>Constitución Española de 1978</i> .....	24
B. <i>Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida</i> .....	25
C. <i>Código Civil</i> .....	30
D. <i>Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica</i> .....	32
E. <i>Sanción de la gestación por sustitución</i> .....	33
F. <i>Ley y Reglamento del Registro Civil</i> .....	33
2) Un caso real: itinerario judicial .....	37
A. <i>Resolución de la DGRN de 18 de febrero 2009</i> .....	37
a) Hechos .....	38
b) Resolución.....	38

# *Gestación por sustitución. La situación de la mujer gestante*

---

c) Fundamentos de la resolución .....	39
<b>B. Sentencia del Juzgado de Primera Instancia n°. 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010 .....</b>	<b>41</b>
a) Hechos .....	41
b) Resolución.....	42
c) Fundamentos de la resolución .....	42
<b>C. Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución .....</b>	<b>44</b>
a) Contenido .....	44
b) Notas críticas en torno a esta Instrucción.....	46
<b>D. Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10ª, de 23 noviembre 2011 .....</b>	<b>51</b>
a) Hechos .....	51
b) Resolución.....	51
c) Fundamentos de la Resolución.....	51
<b>IV) LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL.....</b>	<b>53</b>
<b>1) Breve referencia histórica.....</b>	<b>53</b>
<b>2) Procedimientos de la tramitación de una adopción internacional.....</b>	<b>54</b>
<b>3) Relación entre adopción y gestación por sustitución .....</b>	<b>60</b>
<b>4) La adopción exprés como vía española a la gestación por sustitución .....</b>	<b>62</b>
<b>V) DERECHO COMPARADO .....</b>	<b>66</b>
<b>1) India.....</b>	<b>67</b>
<b>2) Estados Unidos .....</b>	<b>71</b>
<b>A. California .....</b>	<b>73</b>
<b>3) Brasil.....</b>	<b>75</b>
<b>VI) CRITERIOS A FAVOR Y EN CONTRA DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO.....</b>	<b>77</b>

## *Gestación por sustitución. La situación de la mujer gestante*

---

<b>VII) CONCLUSIONES</b> .....	83
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	87
<b>1) Doctrina</b> .....	87
<b>2) Normativa</b> .....	92
<b>3) Decisiones consultadas</b> .....	93
<b>4) Enlaces web</b> .....	94

## **ABREVIATURAS**

Art.: Art.

BOE: Boletín Oficial del Estado.

CC: Código Civil español.

CE: Constitución Española.

CFM: Consejo Federal de Medicina.

Coord.: Coordinador.

DGRN: Dirección General de los Registros y del Notariado.

EE.UU: Estados Unidos.

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000.

LEC 1881: Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881.

LRC: Ley del Registro Civil.

LTRHA: Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

RRC: Reglamento del Registro Civil.

## INTRODUCCIÓN

Hace relativamente poco tiempo, cuando una mujer se encontraba ante la imposibilidad de gestar hijos propios o un hombre que por naturaleza no puede engendrar hijos, la única posibilidad que tenían para ser padres o madres legales de una criatura era la adopción.

En los últimos años, la ciencia y la medicina reproductiva han cambiado de una manera radical esta situación, ofreciendo alternativas a todas aquellas personas que desean tener un hijo.

Las técnicas de reproducción humana asistidas han posibilitado que parejas o individuos que quieren ser padres o madres legales de una criatura, ya sean hijos biológicos o no, tengan la posibilidad de conseguir este objetivo mediante el proceso conocido como gestación por sustitución. Esta práctica consiste en que una mujer distinta a la que va a ser la madre legal del nacido geste a éste y se encargue de traerlo al mundo.

Los términos empleados para este tipo de práctica son varios.

El término más empleado es el de “alquiler de vientre o de útero”, pero son términos un tanto vulgares y poco jurídicos porque el ser humano no se alquila.

Otro término que se emplea con frecuencia es “maternidad portadora o subrogada”. El término “portadora” hace referencia a llevar algo de un lugar a otro y en esta práctica este significado no tiene cabida porque consiste en sustituir la gestación. El término “subrogada” sería idóneo puesto que significa sustituir o poner a una persona en el lugar de otra y, en este caso, la madre gestante sustituye a la madre intencional.

El término “maternidad” no es del todo adecuado para referirse a este tipo de técnica, puesto que hace referencia al estado o condición de la mujer que ha sido madre, y “madre” se considera a la hembra que ha parido. En el Derecho

español, se considera madre legal a la mujer que da a luz, por ello el término “maternidad” no se emplea en la normativa española.

También se emplea “maternidad de gestación”, pero haría referencia al caso de que la gestante aporte únicamente la gestación y no su material genético. Ya que en esta práctica no es necesario que la pareja o individuo que quiere tener una criatura (padres o individuo comitente) aporten su material genético, sino que éste puede ser de ambos o de un donante (esperma u óvulo) que puede ser la madre gestante.

A mi parecer el término más adecuado para referirse a esta práctica es “gestación por sustitución”, porque “gestar” hace referencia a la mujer que lleva y sustenta en su seno el embrión o feto hasta el momento del parto. No hace referencia a la identidad biológica de ese embrión. Por lo tanto puede ser de la madre gestante, de la madre comitente, como de la donación de una tercera mujer.

Por otro lado, el término “sustitución” se refiere a poner a alguien o algo en lugar de otra persona o cosa. En este caso, sustituir la gestación de la madre comitente por la de la madre que gestará en lugar de la primera<sup>1</sup>.

El Derecho español<sup>2</sup> emplea el término “gestación por sustitución” para referirse a esta técnica y es el que voy a emplear en el presente trabajo, a pesar de que quizá sea el término “maternidad subrogada” el que más se emplee para referirse a esta práctica.

La elección del tema del presente trabajo de investigación para el Máster en “Estudios interdisciplinarios de género” de la Universidad de Salamanca surgió gracias al propio Máster, puesto que para mí, anteriormente, la gestación por

---

<sup>1</sup> Los significados de las palabras que hacen referencia a la técnica de la gestación por sustitución han sido extraídos del diccionario de la Real Academia Española. Puede encontrarse en la siguiente dirección web: <http://www.rae.es/rae.html>

<sup>2</sup> El Derecho español, en su Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (LTRHA), en su art. 10, emplea el término “gestación por sustitución” para referirse a este tipo de técnica.

sustitución era un aspecto desconocido. Desde que comencé a adquirir conocimientos respecto a esta práctica, me interesé muchísimo por el tema para conocer realmente en qué consiste la gestación por sustitución, los posibles problemas que acarrea, las posibles soluciones ante esos problemas, la posición de la mujer gestante ante la sociedad, en definitiva, conocer la gestación por sustitución y tener una opinión propia al respecto.

El objetivo principal que he planteado con la realización de este trabajo de investigación ha sido el de visualizar y conocer el concepto de gestación por sustitución tanto en España, como en otros países, y así mostrar las distintas posiciones legislativas respecto a esta técnica, para conocer la situación de la mujer gestante en el proceso de la gestación por sustitución en la sociedad actual.

Antes de que aparecieran las técnicas de reproducción asistida, el hecho de que una mujer gestara un hijo para otra (aunque se realizara de manera carnal) era una actividad normalizada como veremos casos en este trabajo.

Para responder a esta cuestión, he dividido el presente trabajo en ocho capítulos en los que iré desarrollando esta cuestión.

Comenzaremos con una aproximación al concepto de gestación por sustitución mediante la recopilación de la información de varios autores que han tratado de definir esta práctica y que he considerado necesaria para conocer con amplitud este fenómeno. También hago mención a las dos modalidades propias de la gestación por sustitución, lo cual me ha llevado a enlazar con el siguiente apartado.

En el apartado II haremos un breve recorrido histórico de casos de gestación por sustitución de una de las modalidades (tradicional), que han sido

reconocidos en la historia, comenzando por el Génesis, Código de Hammurabi, Antiguo Egipto, Antiguas Grecia y Roma, y Edad Media.

En el capítulo III expondremos la situación actual de la gestación por sustitución en España. El motivo de este apartado es imprescindible para comprender una de las posibles soluciones que se le ha dado a la gestación por sustitución.

A lo largo del capítulo veremos los motivos por los que la gestación por sustitución no está permitida en España.

Para comprender dicha situación, me ha sido necesario acudir a la legislación española. He comenzado haciendo referencia a la Constitución española; a la LTRHA, que es la que regula en su art. 10 la gestación por sustitución. También menciono el Código Civil, puesto que considera nulo el contrato que implica esta práctica; la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica; expongo la sanción de la gestación por sustitución (que aparece en la LTRHA y en el Código Penal); la CE y el RRC español, para tratar la filiación del nacido.

Tras mencionar esta normativa vigente, consideré de interés añadir un subapartado en donde expondremos un caso real en el que tratan de inscribir en el Registro Civil español a un nacido a través de gestación por sustitución (en un país donde sí que está permitida) y las dificultades con las que deben mediar los padres comitentes de los menores para tratar de conseguir su objetivo: inscribir a sus hijos nacidos de una mujer gestante para finalizar el proceso de la gestación por sustitución.

Trataremos varias sentencias sobre el mismo caso, y una Instrucción, la cual fija directrices para la calificación de los encargados del Registro Civil en relación con las solicitudes de inscripción de nacimiento realizadas por ciudadanos españoles, de los menores nacidos en el extranjero como consecuencia de la gestación por sustitución.

El capítulo IV, lo dedicaremos a la adopción internacional que es, actualmente, la otra vía, junto con la gestación por sustitución, para conseguir tener un hijo legal. Comenzaremos haciendo una breve referencia histórica de la adopción internacional y continuaremos haciendo referencia al procedimiento que se sigue en las adopciones internacionales. Este punto me lleva directamente a relacionar la adopción internacional con la gestación por sustitución. Y para concluir este apartado nos introduciremos en la “adopción exprés” que son casos de gestación por sustitución que se dan en España (donde esta técnica no está permitida), con la diferencia de estar ocultos bajo una adopción.

El capítulo V lo dedico al Derecho comparado. La gestación por sustitución ofrece tres opciones respecto a su tratamiento legal: su prohibición, como el caso de España; su legalización, y para ello hago referencia al Estado de California (EE.UU) y a la India; y su legalización con ciertos requisitos, como el caso de Brasil que lo veremos. El motivo por el que expongo el caso de California y de la India como países en donde esta práctica está permitida, es por la diferencia que se da en las situaciones de las mujeres gestantes dentro de este proceso de gestación por sustitución. Lo que me lleva al siguiente capítulo.

En este nuevo capítulo trataremos los criterios a favor y en contra de la gestación por sustitución desde la perspectiva de género. Me centro en la situación de las mujeres gestantes: en sus derechos dentro de esta práctica, en las consecuencias que puede acarrear el someterse a la gestación por sustitución, en la imagen que se tiene de ellas, en comprender el motivo por el que aceptan formar parte de esta práctica.

Las principales conclusiones extraídas de mi investigación aparecen recogida en el capítulo VII.

En cuanto a la metodología empleada he utilizado una metodología, básicamente, bibliográfica y una investigación a través de foros de internet en lo referente a las experiencias del proceso de la gestación por sustitución, y algunos datos sobre la adopción que me ha permitido obtener los aspectos teóricos del objeto a investigar: la situación de la mujer gestante en la gestación por sustitución en la sociedad.

Me gustaría mencionar que el tema elegido es un tema muy novedoso, lo cual me ha llevado a tener ciertas dificultades para seleccionar bibliografía específica sobre el tema, porque el número de investigaciones no es muy elevado y los datos sobre las mujeres gestantes que se prestan a este tipo de práctica no son precisos.

No he podido contar con la implicación de personas que intervienen en este tipo de práctica (padres o individuos comitentes y mujeres gestantes), por lo que fundamentalmente me he centrado ante un trabajo descriptivo que intenta mostrar la realidad de la mujer gestante en el proceso de la gestación por sustitución.

Aún así, este trabajo deja una “puerta abierta” a futuros estudios que incidan en lo que venimos comentando.

Aprovecho la ocasión para mostrar mi agradecimiento a la Universidad de Salamanca, por brindarme la oportunidad de realizar este Máster de Estudios Interdisciplinarios de Género; a su directora ÁNGELA FIGUERUELO BURRIEZA por su gran esfuerzo, dedicación y trato hacia su alumnado; a las profesoras ESTHER TORRELLES TORREA y PILAR MAESTRE CASAS, codirectoras de este trabajo, a las que les agradezco su dedicación en el presente trabajo y su implicación en el Máster; a mis padres, porque sin su excelente educación, esfuerzo, y apoyo nunca habría llegado hasta aquí; y a las amistades

## *Gestación por sustitución. La situación de la mujer gestante*

---

que he conocido en el máster y que tanto me han ayudado, en especial a OLIVIA y FERNANDA.

Gracias a todos ellos, porque sin su ayuda, apoyo y comprensión este proyecto no hubiera salido adelante.

## I. GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

En 1978 nace la primera niña obtenida por técnicas de fecundación *in vitro*<sup>3</sup> y, hoy en día, es una técnica muy utilizada para tratar problemas de infertilidad de cualquier índole.

Tanto la donación de gametos masculinos y femeninos de manera anónima, como la donación o adopción embrionaria son, en nuestros días, un tratamiento de las técnicas de reproducción humana asistida, y son cada vez más requeridas<sup>4</sup>. De ahí que haya surgido una nueva manera de gestar un niño sin vinculación genética ni gestacional, y se haya establecido el concepto de “maternidad subrogada”.

### 1. Concepto

La gestación por sustitución es un acuerdo por el que una mujer, la madre gestante, acepta someterse a las técnicas de reproducción asistida<sup>5</sup> para llevar a

---

<sup>3</sup> Nace con la colaboración de EDWARDS y STEPTOE.

<sup>4</sup> Comentario científico de M.J.DE LOS SANTOS MOLINA, Directora Laboratorio de Embriología Clínica Instituto Universitario IVI – Valencia. F, LLEDÓ YAGÜE / C, OCHOA MARIETA “Comentarios científico – jurídico a la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo)”, Editorial DYKINSON, S.L., Madrid, 2007, p. 157.

<sup>5</sup> Las técnicas de reproducción humana asistida que se emplean en la gestación por sustitución son: la inseminación artificial y la fecundación *in vitro*.

La inseminación artificial es aquella técnica que consiste en introducir el material genético reproductor masculino, espermatozoides, en el material genético femenino, óvulo, de manera no natural. De esta manera se forma el embrión y posterior feto que se gestará en el mismo vientre de la mujer que se ha introducido el espermatozoides, puesto que la unión de óvulo y espermatozoides, se realiza dentro de la mujer, no se forma el embrión en el exterior como veremos que sucede en la fecundación *in vitro*.

Cabe distinguir, inseminación artificial homóloga, que es cuando a la mujer se le introduce el espermatozoides del marido, y heteróloga, que es cuando el espermatozoides que se le introduce a la mujer es otro distinto al del marido, de otro donante.

Así pues, esta técnica sólo se puede aplicar en el caso de que la madre gestante sea también la donante del óvulo.

La fecundación *in vitro* es la técnica en la que el embrión se forma en el exterior, fuera del cuerpo de la mujer, y se realiza en un instrumento de cultivo la unión del ovocito y el espermatozoides. El preembrión es introducido en el útero de la mujer y allí pasados unos días el preembrión se pasa a llamar embrión.

cabo la gestación a favor de un individuo o pareja comitente, también llamados “padres intencionales”, a quienes se compromete entregar el niño o niños que puedan nacer<sup>6</sup>. Este acuerdo se realiza a través de un contrato oneroso o gratuito.

Respecto a la naturaleza de este acuerdo o contrato, que no se encuentra tipificado, se puede identificar con el arrendamiento de servicios o con el arrendamiento de obra<sup>7</sup>.

En este contrato intervienen por un lado, el individuo o pareja comitente, quienes requieren este servicio por otro, la madre gestante, quien pone a disposición su útero para llevar a cabo la gestación y por otro el equipo médico<sup>8</sup>. Aunque lo que está claro es que en este tipo de contrato debe intervenir al menos la parte comitente<sup>9</sup> y la parte gestante<sup>10</sup>.

Este tipo de contrato puede solicitarlo cualquier individuo o pareja sin distinción de sexo, estado civil, edad (siempre que se sea mayor de edad), raza, etnia, etc.

Las personas que, generalmente, acuden a este tipo de técnicas suelen ser parejas que no pueden gestar un hijo. Son parejas o individuos infértiles, que tras haber probado diferentes opciones (terapias hormonales, cirugía, fecundación *in vitro*, inseminación artificial, adopción, etc.) no les ha resultado positivas, parejas

---

En este caso, el óvulo puede ser de una donante como el esperma. Esta técnica es la más empleada en la gestación por sustitución, puesto que en la gran mayoría de los casos son parejas con problemas de fertilidad de la mujer, parejas gay que suelen donar el material genético o un sólo hombre que desea tener hijos de manera individual y que no necesariamente tiene problemas de fertilidad.

<sup>6</sup> Concepto extraído, FARNÓS AMORÓS, E, “Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California”, *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, enero 2010, pp.4 y 5. Disponible en la siguiente dirección web:

<http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/225321/306632>

<sup>7</sup> Idea de DÍAZ ROMERO, M<sup>a</sup> del Rosario, “La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico”, *Diario La Ley*, nº 7527, Sección Doctrina, 14 de diciembre de 2010, p.1.

<sup>8</sup> El equipo médico se encarga de efectuar la implantación del embrión en la madre subrogada. Generalmente este equipo médico pertenece a una clínica que se encarga de llevar a cabo este tipo de maternidades por sustitución. Las clínicas no sólo se encargan de facilitar el equipo médico, sino también de buscar a las madres subrogadas adecuadas y prepararlas durante todo el proceso, de poner en contacto ambas partes (madre subrogada e individuo o pareja comitente) y ayudar al individuo o pareja comitente durante todo el proceso, sobre todo de manera jurídica.

<sup>9</sup> La parte comitente es la que encarga la gestación y puede ser: una persona sola; una pareja, matrimonial o convivencial; o un comitente que actúa para un tercero (que suele ser una clínica médica).

<sup>10</sup> La parte gestante es evidente que siempre es una mujer, la que gesta con óvulos propios o ajenos, la que gesta o alumbró y la que da a luz al bebé, renunciando a la maternidad.

gay o individuos que quieren formar una familia mono parental y que optan por esta vía.

Por otro lado, las candidatas a madres gestantes no tienen un perfil único depende de las normas éticas y morales que tengan cada clínica. Uno de los requisitos comunes a todas las candidatas a madres gestantes es que hayan sido madres de al menos un hijo propio antes de someterse a este tipo de técnicas. El intervalo de edad depende también de cada clínica, aunque como mínimo la madre gestante debe ser mayor de edad. Esta también se podría establecer como otro requisito común del perfil de las candidatas a madres gestantes, teniendo en cuenta que, no en todos los países la mayoría de edad corresponde con la misma edad. No existe una norma que regule los requisitos a madres gestantes, pero es una manera más de que las clínicas se aseguren que la madre gestante entrega al nacido al darlo a luz<sup>11</sup>.

## **2. Modalidades**

En la técnica de gestación por sustitución pueden darse distintas modalidades englobadas en dos grandes tipos. Por un lado la maternidad subrogada tradicional que consiste en que la madre subrogada es también la madre genética, es decir, que es ella quien aporta su material genético, su óvulo, para llevar a cabo la gestación. Por otro lado la maternidad subrogada gestacional que se diferencia porque la madre subrogada no aporta material genético y por tanto no es la madre genética. En este último caso, generalmente es la madre comitente quien aporta su material genético.

En la maternidad subrogada estamos por tanto ante las siguientes situaciones englobadas en estas modalidades:

---

<sup>11</sup> Una técnica que emplean las clínicas para favorecer la entrega del nacido, es el apoyo y ayuda psicológica durante el embarazo y tras el parto a las madres gestantes para comprender el proceso y afrontar la entrega del nacido. Los nacimientos suelen producirse mediante cesaria, para que el contacto madre-hijo sea menor y el vínculo afectivo no tenga tanta fuerza. Al igual que es más favorecedor para el proceso, que la madre gestante tenga hijos propios y que haya dado a luz anteriormente, para que este vínculo afectivo madre e hijo, no sea tan fuerte y la entrega del nacido sea más llevadera.

## *Gestación por sustitución. La situación de la mujer gestante*

---

Puede darse que la pareja comitente aporte totalmente el “material genético”, es decir, que tanto el óvulo como el espermatozoide son de la pareja comitente y la madre subrogada recibe el embrión en su útero con el fin de gestarlo.

Otra modalidad es que la mujer comitente aporte el óvulo fecundado por un donante anónimo de esperma, es decir, el esperma pertenece a un hombre que no es el padre comitente.

Otro caso es que la madre gestante aporte el “material genético” y este óvulo sea fecundado con el esperma de la pareja de ésta, por el padre comitente o por la donación anónima de un tercero.

Y la última modalidad consiste en que el “material genético” no es de ninguno de los padres comitentes, es decir, es aportado por personas ajenas a los comitentes o al comitente y la madre subrogada tan sólo cede su útero y gesta al embrión<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> VELA SÁNCHEZ, A.J, “Gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler”, *Diario La Ley*, nº 7608, Sección Doctrina, 11 de abril de 2011, pp.1 y 2.

## II. REFERENCIAS HISTÓRICAS

Analizaremos ahora los supuestos de maternidad subrogada desde un prisma histórico lo que nos permitirá comprobar que no es una cuestión reciente. Debido a la falta de las técnicas de reproducción avanzadas<sup>13</sup> la gente se veía obligada a recurrir a la fecundación natural de la donante que a la vez era madre de alquiler, por ello la modalidad que se empleaba era la tradicional y de manera carnal.

### 1. Génesis

La primera madre de alquiler conocida en la historia se remonta unos dos mil años antes de Cristo en la tierra árida de Canaán, cerca de Hebrón. He aquí lo que dice al respecto el Antiguo Testamento (Génesis 16), libro sagrado de los judíos, cristianos y musulmanes.

*Y Sarai, mujer de Abram no le paría: y ella tenía una sierva egipcia, que se llamaba Agar.*

*Dijo, pues, Sarai a Abram: ya ves que Jehová me ha hecho estéril: ruégote que entres a mi sierva; quizá tendré hijos de ella.*

Esto es un ejemplo de un caso de infertilidad, que a consecuencia de ello deciden recurrir a otra mujer que geste y para a la criatura de los padres comitentes. Siendo en este caso una maternidad subrogada tradicional, puesto que los óvulos son aportados por la madre gestante.

---

<sup>13</sup> Hasta el año 1790 no se realizó la primera inseminación artificial en un ser humano en la historia. Esta fue llevada por el cirujano escocés John Hunter. Con anterioridad se había llevado a cabo con animales, hasta remontarnos a los sumerios, que registraron por primera vez una técnica, muy artesanal, de inseminación artificial en ovinos, que fue utilizada posteriormente. Por otro lado, el primer embarazo conseguido mediante fecundación *in vitro* con un ovocito humano fue realizado por el equipo de Monash en 1973.

Otro ejemplo de maternidad subrogada tradicional que aparece en el Antiguo Testamento (Génesis 30):

*Y viendo a Raquel que no daba hijos a Jacob (...) Y ella dijo: he aquí mi sierva Bilha; entra a ella, y parirá sobre mis rodillas, y yo también tendré hijos de ella (...).*

*Y concibió Bilha, y parió a Jacob un hijo. Y dijo Raquel: juzgóme Dios, y también oyó mi voz, y dióme un hijo.*

Se pone de manifiesto que los padres comitentes pasan a ser padres “legales” entonces, y el hijo nacido de la madre gestante, es por tanto, hijo de los padres comitentes.

### **2. Código de Hammurabi**

El segundo programa de gestación subrogada del que tenemos conocimiento se desarrolló en la Mesopotamia sumeria a mediados del siglo XVIII a.C. Cabe destacar que en el Reino de los Sumerios la maternidad subrogada tradicional fue una práctica corriente y, más aún, consolidada legalmente a través del Código de Hammurabi (1792-1750) creado en 1780 a.C. A menudo se le señala como el primer ejemplo del concepto jurídico de que algunas leyes son tan fundamentales que ni un rey tiene la capacidad de cambiarlas. Las leyes, escritas en piedra, eran inmutables. Este concepto pervive en la mayoría de los sistemas jurídicos modernos. Estas leyes, como casi todas las de la Antigüedad, son consideradas de carácter divino.

Respecto al tema que nos atañe, en el Código de Hammurabi, la mujer estéril que quería tener hijos debía dar una esclava a su marido con fines de procreación sin que éste pudiera buscarse a otra concubina a menos que la primera no lograra concebir un hijo varón. Asimismo, el Código establecía

“garantías sociales” para las madres subrogadas que tuvieran hijos, las cuales no se podía vender “por plata”<sup>14</sup>.

### **3. Antiguo Egipto**

Se consideraba que los gobernadores del Antiguo Egipto descendían directamente de Ra, el dios del Sol. Para que la sangre divina no se mezclara con la de personas normales se casaban entre familiares (hermanos). Claro está que los niños procreados en ese matrimonio incestuoso no gozaban de una salud de hierro. Por ello muchos faraones egipcios se servían de sus criadas para tener hijos.

Un ejemplo es el de Amemhotep I, el faraón del Reino Nuevo, que gobernó en el siglo XVI a.C. y no tenía un heredero. Tuvo que recurrir a una esposa secundaria para procrear al futuro gran faraón Tutmosis I.

Los nacidos de concubinas se consideraban hijos del faraón aunque se veían menoscabados en sus derechos y sólo podían pretender al trono a falta de herederos más legítimos.

Tutmosis tuvo a Tutmosis II dado a luz por una esposa secundaria, e incluso un nieto nacido igualmente el futuro gran guerrero Tutmosis III, padre de Amenhotep II. La monarquía egipcia se heredaba por línea “solar” femenina así que el hijo del faraón, independientemente de su filiación, no podía ascender al trono sin haberse casado con su hermana o hermanastra.

---

<sup>14</sup> Aparece recogido en las leyes 144, 145, 146 y 147 del Código de Hammurabi. En la Ley 144 dice *Si uno tomó una esposa de primera categoría y si esta esposa dio una esclava a su marido y esta ha tenido hijos, si el marido quiere tomar una nueva esposa más, no se le permitirá y el hombre no podrá tener otra mujer más (suggetum).*

La Ley 145: *Si uno tomó una esposa de primera categoría y si esta esposa no le dio hijos, y se propone tomar otra mujer (suggetum), tomará esta otra mujer y la llevará a su casa, pero no será igual que la esposa de primera categoría.*

La Ley 146 dice: *Si uno tomó una esposa de primera categoría y ella dio una esclava a su marido, y si la esclava tuvo hijos, si luego esta esclava es elevada (en el precio del esposo) a igual categoría que la patrona por haber tenido hijos, su patrona no la venderá, la marcará y la tendrá entre sus esclavas.*

Y la Ley 147 dice: *Si la esclava no ha tenido hijos, la patrona la venderá por plata.*

Puede verse en la siguiente dirección web: <http://www.historiaclasica.com/2007/05/el-cdigo-de-hammurabi.html>

#### **4. Antiguas Grecia y Roma**

En las Antiguas Grecia y Roma también se empleaba la maternidad subrogada tradicional y fue muy extendida. Plutarco describe el caso de Deyotaro, rey de Galacia, y su esposa estéril, Estratónica, que personalmente seleccionó entre las prisioneras a la bella Electra para su marido y crió a los niños fruto de esta relación como a sus propios hijos.

#### **5. Edad Media**

La institución de concubinas también fue conocida en la Europa medieval. Carlomagno que quedó viudo, en el año 800, mantuvo relaciones amorosas con varias concubinas. La verdad es que los hijos nacidos de estas uniones se consideraban extramatrimoniales y, por tanto, ilegítimos. Sin embargo, ello no les impidió hacer una buena carrera<sup>15</sup>. Este hecho se debió en mucho a que su padre les había dado una educación excelente para aquella época.

En esta época, como en otras, a los hijos nacidos de una madre subrogada no se le reconocía los derechos propios de un hijo de la relación matrimonial pero adquirirían ciertos derechos. A mi parecer esto se debió a que no acudían a una madre subrogada con la necesidad de gestar un hijo porque la mujer fuera estéril, sino como fruto de una necesidad carnal por parte del progenitor varón.

Las diferencias culturales y religiosas no fueron un obstáculo para que en la Edad Media la maternidad subrogada tradicional se utilizara en China, Corea y Japón. Uno de tales casos que se hizo patrimonio de la historia está descrito en la película talentosa del célebre director coreano Im Kwon-taek que se llama de

---

<sup>15</sup> Un ejemplo de que los hijos nacidos de uniones extramatrimoniales realizaban una buena carrera profesional, son los hijos ilegítimos de Carlomagno, así, Drogon fue nombrado obispo de Metz, mientras que el hijo menor, Gugo, pasó a ser el abad de Saint-Quentin.

## *Gestación por sustitución. La situación de la mujer gestante*

---

igual manera, “The Surrogate Mother”. La esposa de Li, heredero de una familia noble, era estéril y le ofrecieron como concubina a una chica campesina que no alcanzaba la mayoría de edad.

En este caso volvemos a la necesidad de que otra mujer geste a la criatura debido a la infertilidad de la mujer comitente.

### III. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN ESPAÑA

No en todos los países la legislación referente a la gestación por sustitución se regula de la misma manera. No hay una norma general a nivel mundial. Cada país ha tratado de legislar este tipo de práctica de la manera mejor aceptada según sus propias normas.

Así pues, veamos la situación que se da en España.

#### 1. Legislación española

Antiguamente, cuando las técnicas de reproducción asistida no existían la mujer que daba a luz a un bebé se consideraba una madre con plena maternidad, es decir, maternidad genética, puesto que aportaba el gameto femenino; maternidad de gestación, ya que era ella misma la que gestaba al niño; y maternidad jurídica pues se le atribuía la función jurídico – social de madre.

A día de hoy esto ya no sucede así. Puede corresponder a diferentes mujeres las diferentes maternidades. Por tanto, la mujer puede aportar el gameto y la gestación.

En el caso de que la mujer necesite una donación de óvulo no influye en la determinación de la filiación materna ya que, según la legislación española, la filiación está determinada por el parto como veremos posteriormente. En la situación en la que no se pueda llevar a cabo la gestación estaremos ante un caso de gestación por sustitución rechazada por la legislación española<sup>16</sup>. Pasemos a continuación a analizar la legislación española existente hasta la actualidad vinculada a la maternidad subrogada.

---

<sup>16</sup> PÉREZ MONGE, M, “La filiación derivada de técnicas de reproducción asistidas”, *Centro de estudios registrales*, Madrid, 2002, pp. 319 – 375.

### *A. Constitución Española de 1978*

Considero interesante mencionar el art. 10.1 CE que establece que “*la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social*” puesto que, como veremos más adelante en las posiciones a favor y en contra de la gestación por sustitución, se hace referencia a esta disposición para fundamentar, por un lado, que la gestación por sustitución es incompatible con la dignidad humana de la madre y del nacido porque supondría una vulneración de sus derechos fundamentales y libertades constitucionales; y por otro, el no permitir a una mujer someterse a esta técnica sería una vulneración del libre desarrollo de la personalidad de la mujer que decide gestar un hijo para terceros.

Otro aspecto que es necesario considerar es la criatura que nace. Hay una postura que defiende que debe aplicarse el principio constitucional de protección integral de los hijos<sup>17</sup> y, por tanto, debía considerarse madre a la que más pueda proteger y atender al niño de manera adecuada y conveniente.

El art. 14 CE hace referencia a la igualdad de todos los españoles ante la ley sin discriminación, entre otras, por razón de nacimiento y sexo. Este Art., en lo referente a la discriminación por razón de sexo, se suele utilizar como argumento en las sentencias sobre inscripción de menores nacidos por gestación por sustitución (en países donde está permitido) en el Registro Civil español, como veremos más adelante<sup>18</sup>.

---

<sup>17</sup> Véase el art. 39.2 de la CE que dice: *Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales estos ante la Ley con independencia de su filiación y de la madre, cualquiera que sea su estado civil. La Ley posibilitará la investigación de la paternidad.*

<sup>18</sup> Puede verse mencionado este art. 14 CE en las sentencias expuestas en el apartado “casos prácticos” de este trabajo.

La discriminación por razón de nacimiento es empleado para tratar de justificar que son discriminados por la manera de nacer, ya que en España el parto (el nacimiento) determina la filiación de ese menor respecto de la madre.

### ***B. Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida***

Con la aparición de las técnicas de reproducción asistida, en la década de los 70, España tuvo la necesidad de abordar su regulación a través de la aprobación de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida. Dicha Ley, además de coadyuvar<sup>19</sup> a paliar los efectos de la esterilidad, fue útil para otros fines como los diagnósticos o de investigación. Pero el avance científico, el desarrollo de nuevas técnicas de reproducción, el aumento del potencial investigador y la necesidad de dar respuesta al problema del destino de los preembriones supernumerarios hizo necesario una modificación de la Ley. La Ley 45/2003, de 21 de noviembre, que modificaba a la anterior (Ley 35/1988, de 22 de noviembre), sólo dio respuesta parcial a tales exigencias. Esta Ley establecía la limitación de producir un máximo de tres ovocitos en cada ciclo reproductivo lo que dificultaba la práctica ordinaria de las técnicas de reproducción asistida, al impedir poner los medios para lograr el mayor éxito con el menor riesgo posible para la salud de la mujer que era el principal objetivo de la Ley modificada.

Por ello, la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida se mostró crítica con este aspecto, y estableció la necesidad de una reforma de la legislación vigente para corregir las deficiencias advertidas y acomodarla a la realidad actual.

---

<sup>19</sup> Esta era su finalidad fundamental, aunque también hace referencia a que las mujeres solas no estériles podían recurrir a estas técnicas de reproducción asistida. Comentario jurídico de MARCELO PALACIOS, Presidente del Comité Científico de la Sociedad Internacional de Bioética (SIBI). F, LLEDÓ YAGÜE / C, OCHOA MARIETA “Comentarios científico – jurídico a la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo)”, *Editorial DYKINSON*, S.L., Madrid, 2007, p. 19.

Por lo que finalmente se tuvo en cuenta la expansión de las técnicas de reproducción asistidas que se aplican especialmente en el ámbito privado, y se modificó la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, por la actual LTRHA, quedando derogada la pionera Ley 35/1988, de 22 de noviembre. De esta manera, se trata de compensar la asimetría de información que existe entre quienes acuden a demandar la aplicación de estas técnicas y quienes las aplican garantizando en lo posible el equilibrio de intereses entre unos y otros.

En lo referente a la maternidad subrogada, esta Ley dispone en su art. 10.1 que *“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”*.

En este artículo se considera nulo, por tanto no válido, el contrato que lleve a cabo la gestación de un niño a favor de un individuo o pareja y en el que la madre gestante renuncie de su filiación posteriormente al parto, ya sea realizado o no de manera altruista. Además, este art. 10 en su apartado 2 añade *“La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”*.

Por lo que se establece que el vínculo de la maternidad deriva del parto, y se considera por tanto madre jurídica a la mujer que da a luz a la criatura respondiendo a una máxima del Derecho romano llamada *“Mater Semper certa est”*<sup>20</sup>. Quedando madre legal la mujer gestante independientemente de que sea o no la madre biológica, es decir, haya donado su óvulo o no.

Esta Ley no diferencia la gestación con óvulo propio de la madre gestante, que se asemejaría con la adopción, de la gestación con óvulo de la madre comitente porque que ese acuerdo se considera nulo de pleno derecho y madre

---

<sup>20</sup> *Mater semper certa est* es una expresión latina, que puede traducirse como "La madre es siempre conocida", que hace referencia a un principio de Derecho que incluso en algunas legislaciones nacionales tiene la fuerza de una presunción de derecho, en virtud de la cual se entiende que la maternidad es un hecho biológico evidente en razón del embarazo, por lo que no se puede impugnar. (Definición extraída de wikipedia: <http://es.wikipedia.org/wiki/Wikipedia:Portada>)

jurídica es la que gesta, y por tanto da a luz a la criatura. Así pues, en lo referente a la filiación materna lo determina el parto y no el hecho de que la madre biológica (la donante del óvulo fecundado) sea otra mujer como sucede en el caso de los hombres.

En el apartado 3 de este mismo artículo termina insertando respecto a la determinación de la paternidad que *“Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”*.

Según las reglas generales, la filiación paterna está determinada por el consentimiento de éste a la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida<sup>21</sup> y en función de la aportación del material reproductor masculino, salvo que sea donante<sup>22</sup>.

Paso a explicar más concretamente este punto.

En el caso de que la mujer gestante que se somete a estas técnicas de reproducción humana asistida esté casada y la fecundación del óvulo, ya sea propio o de una donante, se realice con el material genético de su marido al dar éste su consentimiento no podrá impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido. Y en el caso de que el material genético no sea del marido si éste consiente que la mujer se someta a este tipo de técnicas reproductoras también determina la filiación paterna<sup>23</sup>.

Otra situación diferente es que el marido no consienta que la mujer se someta a las técnicas de reproducción humana asistida por lo que el hijo nacido no se inscribirá en el Registro Civil como una filiación matrimonial. El padre

---

<sup>21</sup> Según lo dispuesto en el art. 8.1 LTRHM *“ni la mujer progenitora ni el marido, cuando hayan prestado su consentimiento formal, previo y expreso a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de tal fecundación”*. Y en su art. 8.2 *“se considera escrito indubitado a los efectos previstos en el art. 49 de la Ley del Registro Civil el documento extendido ante el centro o servicio autorizado en el que se refleje el consentimiento a la fecundación con contribución de donante prestado por varón no casado con anterioridad a la utilización de las técnicas. Queda a salvo la reclamación judicial de paternidad”*.

<sup>22</sup> El art. 8.3 LTRHA establece que *“la revelación de la identidad del donante en los supuestos en que proceda conforme al art. 5.5 de esta Ley no implica en ningún caso determinación legal de la filiación”*.

<sup>23</sup> Ver art. 8.1 LTRHA.

genético podrá reclamar su paternidad. Si el material genético es de un donante<sup>24</sup> no se podrá determinar<sup>25</sup> esta paternidad.

Un punto a destacar, es lo que establece el art. 8.2 de la presente Ley: “*Se considera escrito indubitado a los efectos previstos en el art. 49 de la Ley del Registro Civil el documento extendido ante el centro o servicio autorizado en el que se refleje el consentimiento a la fecundación con contribución de donante prestado por varón no casado con anterioridad a la utilización de las técnicas. Queda a salvo la reclamación judicial de paternidad*”.

Es decir, si una mujer no precisa del consentimiento del marido, ya sea porque esté separada legalmente o sea pareja de hecho<sup>26</sup>, y el donante es un varón no casado que preste su consentimiento la determinación de la filiación será considerada no matrimonial, por tanto el padre genético podrá reclamar su paternidad según lo dispuesto en las reglas generales<sup>27</sup>, es decir, según la función de la aportación de material reproductor masculino.

La determinación de la filiación paterna podrá reclamarse cuando el varón sea el titular del material genético o cuando el donante sea un varón no casado y haya prestado consentimiento a la fecundación con su esperma.

En el caso de que el marido fallezca y deje por escrito instrucciones para que su material genético sea utilizado para fecundar a su mujer la criatura que nazca tendrá validada su filiación en materia matrimonial respecto de su padre biológico. Y ¿qué sucedería si, siguiendo con el mismo caso, la esposa del fallecido no pudiera gestar un hijo? Ante esta situación la esposa no podrá recurrir a un vientre de alquiler, puesto que la filiación materna está determinada

---

<sup>24</sup> En el art. 5 LTRHA, y más concretamente su punto 5 trata sobre los donantes de material genético, donde establece que la donación se realizará de manera anónima, reservando su identidad, a excepción de *circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las Leyes procesales penales.*

<sup>25</sup> Ver art. 8.3 LTRHA.

<sup>26</sup> Según lo dispuesto en el art. 6.3 LTRHA “*si la mujer estuviera casada, se precisará, además, el consentimiento de su marido, a menos que estuvieran separados legalmente o de hecho y así conste de manera fehaciente. El consentimiento del cónyuge, prestado antes de la utilización de las técnicas, deberá reunir idénticos requisitos de expresión libre, consciente y formal*”.

<sup>27</sup> Las reglas generales respecto a la filiación se encuentran recogidas en el capítulo II del CC sobre la determinación y prueba de la filiación y en el capítulo III LEC sobre los procesos sobre filiación, paternidad y maternidad.

por el parto y la mujer gestante sería, a efectos jurídicos, la madre legal de la criatura<sup>28</sup>.

Respecto a las parejas homosexuales, la entrada en vigor de la ley 13/2005<sup>29</sup> no ha tenido efectos en esta LTRHA.

No es necesario en el caso de que se trate de una pareja de mujeres que recurran a un contrato de gestación, ya que cualquiera de ellas puede someterse a estas técnicas con la ayuda de un donante.

*“Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido<sup>30</sup>”*. Entonces, al estar casadas y la mujer no gestante dar su consentimiento de la fecundación mediante estas técnicas, en teoría no podrían impugnar la filiación puesto que nos encontraríamos ante lo dispuesto en el art. 8.1 LTRHA que establece que si la mujer progenitora y su marido consienten el sometimiento a estas técnicas no podrán impugnar la filiación matrimonial. Pero en este art. emplean los términos mujer y marido por lo que, en este caso, la filiación matrimonial no se da según expresa el art. 8.1, y han establecido esta disposición para que la mujer no gestante determine su filiación respecto del nacido.

En el caso de una pareja de hombres es evidente que deben recurrir a una mujer para gestar un niño, por lo que nos encontraríamos ante la situación de las reglas generales expuestas anteriormente donde la filiación paterna se determinará en función del consentimiento a la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida y en función de la aportación del material genético masculino. El contrato de gestación se considera nulo en España pero, en este caso de filiación biológica paterna, se determina la filiación del nacido por rango

---

<sup>28</sup> Véase el art. 9.2 LTRHA.

<sup>29</sup> Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el CC en materia de derecho a contraer matrimonio.

<sup>30</sup> Extraído del art. 7.3 LTRHA.

biológico y no contractual. Como ya he comentado, esto no sucede con las mujeres puesto que la filiación respecto a la madre legal se determina por el parto y no por el carácter biológico respecto de la criatura. Por tanto, los donantes (tanto de óvulos como de espermatozoides) no tienen carga de filiación pero sí tienen carga genética. Ello no conlleva que sean sus padres o madres biológicos.

Una vez determinada la filiación del padre biológico respecto del nacido la pareja homosexual de éste podrá proceder a la adopción de la criatura<sup>31</sup>, siempre que la gestante preste su consentimiento a la adopción<sup>32</sup> y la pareja homosexual contraiga matrimonio. Puede ser que la pareja de hombres como de mujeres, si no contraen matrimonio, pero están constituidos como pareja estable según las comunidades autónomas que lo han previsto, el otro u otra podrán adoptar al hijo de su pareja<sup>33</sup>.

En conclusión, la legislación española prohíbe la gestación por sustitución al establecer que la madre legal es la mujer que da a luz y por tanto madre gestante, y que cualquier tipo de acuerdo en el que la madre gestante renuncie a la filiación a favor de un tercero, será nulo.

### *C. Código Civil*

Aunque no existiera esta normativa establecida en la LTRHA que prohíbe la gestación por sustitución, el contrato que se pacta para la realización de este tipo de maternidad sería un contrato nulo por ilicitud de su causa y por razón de su objeto<sup>34</sup>.

---

<sup>31</sup> Podrá proceder a la adopción por su consorte según establece el art. 176.2.2º CC.

<sup>32</sup> Según lo establecido en el art. 177.2.2º CC.

<sup>33</sup> FERRER VANRELL, M.P, en LLEDÓ YAGÜE, F / OCHOA MARIETA, C. “Comentarios científico – jurídico a la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo)”, *Editorial DYKINSON*, S.L., Madrid, 2007, p. 166.

<sup>34</sup> Según lo expuesto en el art. 1275 CC.

Respecto del objeto el art. 1261.2 CC establece que un contrato no puede darse cuando no hay *objeto cierto que sea materia de contrato*. Por lo que se puede considerar que el cuerpo humano es indisponible, intransferible y personalísimo<sup>35</sup>.

En el art. 1271 CC se establece que las personas presentes y futuras no pueden ser objeto de contrato, de lo contrario es motivo de nulidad del mismo.

Por ello, no habría obligación por parte de la mujer gestante de entrega del nacido tras el parto ni obligación de indemnizar a la pareja o individuo contratante en caso de incumplimiento.

Esta misma disposición establece que *“pueden ser igualmente objeto de contrato todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres”*, y hay una Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida que, como ya hemos visto, prohíbe esos contratos.

Por lo que se refiere a la causa en el art. 1275 CC se establece que *“los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral”*.

Algunos juristas consideran que el alquiler de vientres, para poder gestar una criatura, implica un pacto de contenido inmoral y contrario a las buenas prácticas y al orden público, por lo que estaría contradiciendo a lo dispuesto en el art. 1255 CC que establece que *“los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público”*. Se considera que es contrario al respeto a la dignidad y al valor de la persona humana de la cual deriva, en principio, su indisponibilidad<sup>36</sup>. Por tanto creen que el contrato de gestación por sustitución es ilícito.

---

<sup>35</sup> A.J. VELA SÁNCHEZ, “La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler”, *Diario La Ley*, nº 7608, Sección Doctrina, 11 de abril de 2011.

<sup>36</sup> A. SUYAPA FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOSES, “Eficacia jurídico-registral del contrato de gestación subrogada”, BIB 2011\1357, *Revista Aranzadi*, Doctrinal núm. 6/2011, p. 2 y 3.

Además, como ya he mencionado anteriormente, el Código civil también hace referencia a las reglas generales sobre la determinación y las pruebas de filiación en su capítulo II, ya sea la determinación de la filiación matrimonial como no matrimonial.

Lo que hay que destacar de este apartado es que el contrato de gestación por sustitución sería nulo de acuerdo con las normas civiles de nuestro Derecho.

### ***D. Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica***

Dentro del título III, capítulo I, de esta ley, su art. 29 hace referencia a la donación de embriones y fetos humanos, estableciendo que uno de los requisitos para la donación de material genético, es que tanto la donación como su utilización posterior no tengan un carácter lucrativo o comercial. Al contrato de gestación por sustitución, que puede ser de carácter lucrativo o no, puede dársele un sentido comercial porque tiene como objetivo final la entrega de un nacido, aunque se realice de manera gratuita.

Llevando esta técnica a la práctica en la mayoría de los casos de gestación por sustitución se realizan de manera lucrativa, es decir, se compensa económicamente a la mujer gestante tras la entrega del nacido por todo el proceso, incluido el sometimiento a las técnicas de reproducción (fecundación *in vitro*). En el supuesto de que la madre gestante aporte su material genético se entiende que esa donación está incluida en esa compensación económica, por tanto, se le está dando un carácter lucrativo a la donación de material genético.

### ***E. Sanción de la gestación por sustitución***

Como consecuencia de la prohibición de la gestación por sustitución en España, la LTRHA, de 26 de mayo en sus arts. 24 y 26, sanciona este tipo de

práctica. En su art. 24, contempla *las infracciones en materia de reproducción humana asistida, que serán objeto de las sanciones administrativas correspondientes, previa instrucción del oportuno expediente, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales o de otro orden que puedan concurrir.*

En su art. 26, considera infracción muy grave la práctica de cualquier técnica no permitida ni autorizada como técnica experimental.

El Código Penal no se queda atrás en sancionar la gestación por sustitución. En su art. 220. 2 castiga con una pena de prisión de seis meses a dos años a la persona que *ocultare o entregare a terceros un hijo para alterar o modificar su filiación.* En el art. 221 establece que será castigado no sólo la persona que entregue a otra un hijo con el fin de establecer una relación análoga a la filiación mediando una compensación económica, sino también la persona que lo reciba y el intermediario si lo hubiera. En este art. las penas de prisión alcanzan de uno a cinco años y posible inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela o guarda.

### ***F. Ley y Reglamento del Registro Civil***

La inscripción del nacido en el Registro Civil se regula en el RRC, al que nos dedicamos a continuación<sup>37</sup>.

Respecto a la inscripción registral y reconocimiento de filiación determinada conforme a la legislación extranjera, en los países en donde se permite la gestación por sustitución con sus efectos legales, plantea un problema en España puesto que aquí no se reconoce efectos legales a la renuncia de filiación de la madre gestante a favor de un individuo o pareja comitente, como veremos más adelante en un caso real.

---

<sup>37</sup> La LRC español fue reformada en el año 2011 pero no entrará en vigor hasta el año 2014.

Cuando se pretende registrar a un nacido en territorio no español el encargado del Registro Civil español competente para practicar la inscripción debe comprobar que debe existir conformidad con la ley española de los hechos y los actos jurídicos que pretenden acceder al Registro Civil, según lo expuesto en los arts. 23, 27 y 28 LRC<sup>38</sup>, además de otros requisitos<sup>39</sup>, y del art. 85 RRC<sup>40</sup>.

La inscripción en el Registro Civil español del nacimiento de sujeto español acaecido en el extranjero puede tener lugar a través de la correspondiente declaración del sujeto<sup>41</sup> o a través de la presentación de una certificación registral extranjera en la que conste el nacimiento y la filiación del nacido.

En el caso de inscripción del nacimiento por declaración se deberá proceder a un control de legalidad de los hechos referidos en la declaración y de ésta misma<sup>42</sup>. Al presentar elementos extranjeros el Encargado del Registro deberá aplicar las normas de conflicto españolas que son aplicables de oficio<sup>43</sup>. Es decir, surge una cuestión de “Derecho aplicable” a ciertos hechos y

---

<sup>38</sup> El art. 23 LRC establece que *las inscripciones serán consideradas válidas al presentar el documento auténtico o en algunos casos (señalados por la Ley), por declaración en la forma que ella prescribe. Su art. 27 dice que el encargado del Registro competente calificará los hechos de la inscripción por lo que resulte de las declaraciones y documentos presentados o del mismo Registro, y el art. 28, inmediatamente de formularse las declaraciones o de ser presentados los documentos necesarios, el encargado del Registro extenderá los asientos o dictará resolución razonada denegándolos. Si tuviere dudas fundadas sobre la exactitud de aquellas declaraciones, realizará antes de extenderlas, y en el plazo de diez días, las comprobaciones oportunas.*

<sup>39</sup> Estos otros requisitos aparecen recogidos en el Título IV de la LRC.

<sup>40</sup> El art. 85 RRC establece que *para practicar inscripciones sin expediente en virtud de certificación de Registro extranjero, se requiere que éste sea regular y auténtico, de modo que el asiento de que se certifica, en cuanto a los hechos de que da fe, tenga garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la Ley española. Se completarán por los medios legales los datos y circunstancias que no pueden obtenerse de la certificación o parte extranjero, por no contenerlos, por no merecer en cuanto a ellas autenticidad o por ofrecer, por cualquier otro motivo, dudas sobre su realidad. La falta de inscripción en el Registro extranjero no impide practicarla en el español mediante Título suficiente.*

<sup>41</sup> El Encargado del Registro Civil español, antes de inscribir al menor, *exigirá el parte adecuado, y no obteniéndolo o siendo contradictorio a la información del declarante, comprobará el hecho por medio del Médico del Registro Civil o su sustituto, que ratificará o suplirá el parte exigido.*

*El Médico del Registro Civil o sustituto más cercano que resida en población situada a más de dos kilómetros podrá excusar su asistencia y la comprobación se diligenciará en acta separada, en virtud de la información de dos personas capaces que hayan asistido al parto o tengan noticia de él.*

*En los Registros Consulares, en defecto de parte adecuado del Médico de cabecera, se acudirá a la información supletoria a que se refiere el párrafo anterior.*

Según lo dispuesto en el art. 168 RRC.

<sup>42</sup> Según lo dispuesto en el art. 80 RRC.

<sup>43</sup> Son aplicables de oficio según lo dispuesto en el art. 12. 6 CC.

declaraciones y ello exige la precisión de la Ley reguladora de los mismos a través de las normas de conflicto españolas.

Sin embargo, en el caso de inscripción del nacimiento mediante presentación de la correspondiente certificación registral extranjera en la que conste el nacimiento y la filiación del nacido. El acceso de las certificaciones registrales extranjeras al Registro Civil español debe valorarse a través de las normas específicas que en Derecho español disciplinan el acceso de las certificaciones registrales extranjeras al Registro Civil español<sup>44</sup>. Por ello el legislador ha redactado el art. 81 RRC. La certificación registral extranjera constituye una “decisión” adoptada por las autoridades extranjeras que constata el nacimiento y la filiación del nacido. El acceso de esta decisión al Registro Civil español constituye una cuestión de “validez extraterritorial de decisiones extranjeras en España”<sup>45</sup>.

El art. 81 RRC excluye la utilización de las normas españolas de conflicto de Leyes, y en concreto, la del art. 9.4 CC<sup>46</sup>, por lo que también excluye la aplicación de la Ley sustantiva a la que tales normas de conflicto españolas pudieran conducir<sup>47</sup>.

Tampoco exige que la solución dada a la cuestión jurídica que consta en la certificación registral extranjera sea igual o idéntica a la solución que ofrecen las normas jurídicas españolas. Las certificaciones registrales extranjeras deben superar un “control de legalidad”, pero este control no consiste en exigir que la autoridad registral extranjera haya resuelto el caso de modo idéntico a como lo

---

<sup>44</sup> M.R. DÍAZ ROMERO, “La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico”, *Diario La Ley*, nº 7527, Sección Doctrina, 14 de diciembre de 2010, p. 2.

<sup>45</sup> Es una cuestión de validez extraterritorial de decisiones extranjeras en España y no una cuestión de “Derecho aplicable”, como sucede en el caso de inscripción del nacimiento por declaración. Por lo que es una cuestión de acceso de las certificaciones registrales extranjeras al Registro.

<sup>46</sup> Este art. 9.4 CC establece que *el carácter y contenido de la filiación, incluida la adoptiva, y las relaciones paterno-filiales, se registrarán por la Ley personal del hijo y si no pudiera determinarse ésta, se estará a la de la residencia habitual del hijo.*

<sup>47</sup> Como, por ejemplo, a la LTRHA. Las normas de conflicto españolas y las normas sustantivas designadas por tales normas de conflicto son sólo aplicables a los supuestos que surgen ante las autoridades españolas sin que haya sido dictada una “decisión” por autoridad pública extranjera.

habría resuelto una autoridad registral española<sup>48</sup>. Respecto a las certificaciones registrales extranjeras no deben vulnerar el orden público internacional. Por tanto no debe lesionar los principios jurídicos básicos del Derecho español que garantizan la cohesión moral y jurídica de la sociedad española.

Por otra parte, este mismo Art. 81 RRC establece que *“el documento auténtico, sea original o testimonio, sea judicial, administrativa o notarial, es título para inscribir el hecho de que da fe. También lo es el documento auténtico extranjero, con fuerza en España con arreglo a las leyes o a los Tratados internacionales”*. Por lo que el documento extranjero debe satisfacer diversas exigencias legales (que conforman el control de legalidad) para acceder al Registro Civil español.

El documento extranjero debe ser considerado como documento público o como documento que hace “prueba plena de juicio”<sup>49</sup>, y siempre que se acompañe de la correspondiente legalización<sup>50</sup> o Apostilla y además de la correspondiente traducción<sup>51</sup> de dicho documento.

## **2. Un caso real: itinerario judicial**

---

<sup>48</sup> Si se exige a la autoridad registral extranjera que resuelva el caso de la misma manera que lo resolvería la autoridad registral española, nos llevaría a entender que cada Estado no tiene su propio Derecho en relación al Derecho internacional privado, puesto que se “conformarían” con las normas, en este caso, del Derecho español. De esta manera, es sabido que un caso puede ser resuelto de distintas maneras teniendo en cuenta el Estado. Pero lo que no puede darse es que la situación jurídica creada resulte inexistente y/o inválida en España, puesto que hay que recordar que estamos tratando con menores, y su protección y su interés superior deben estar por encima de todo. Una vez más considero que la legislación española debe movilizarse al respecto de la gestación por sustitución, puesto que como estamos comprobando, la manera en la que se encuentra la normativa al respecto da errores y por tanto crea problemas. Por ello, el Derecho internacional privado español se orienta, como regla general, hacia la admisión de los efectos jurídicos en España de las decisiones extranjeras para así ajustarse.

El hecho de exigir a la autoridad registral extranjera a tratar el caso de manera similar a la autoridad española, supondría unos gastos elevados que correrían por cuenta, también, de los particulares.

Estas ideas son extraídas de la Resolución DGRN de 18 de febrero 2009, p.2.

<sup>49</sup> Según lo dispuesto en el art. 323.2º LEC que expone los requisitos necesarios que debe tener un documento para considerarse un documento público cuando no sea aplicable ningún tratado o convenio internacional ni ley especial.

<sup>50</sup> Según lo dispuesto en el art. 88 RRC que establece que los documentos expedidos por un funcionario extranjero (o en campaña o en el curso de un viaje marítimo o aéreo) requieren una legalización cuando no se encuentre recogido en los Tratados Internacionales.

<sup>51</sup> En el art. 86 RRC aparece recogido que los documentos originales no redactado en castellano (o cualquier lengua oficial de las Comunidades Autónomas), deben ir acompañados por su traducción (o copia hecha por Notario, Cónsul, Traductor u otro competente).

Que un nacido a través de gestación por sustitución sea inscrito en el Registro Civil español no parece tarea sencilla puesto que, al estar esta práctica prohibida en España, hay un mayor control ya que se trata de evitar que se trafique con menores de edad.

Sin embargo, actualmente la complicación ha disminuido, o al menos en algunos casos, como consecuencia de la reciente Instrucción que regula la posibilidad de inscripción de nacimientos fruto de una gestación por sustitución.

Veamos pues, un caso real en el que la Instrucción no parece haber disminuido la complicación de una pareja homosexual para inscribir a sus hijos en el Registro Civil español. Se da una mayor dificultad en las parejas homosexuales, sobre todo las parejas gay, que por motivos naturales no pueden tener hijos y resulta bastante obvio que han acudido a una madre gestante.

### ***A. Resolución de la DGRN de 18 de febrero 2009***

Recurso interpuesto contra el Auto del Encargado del Registro Civil Consular de España en los Ángeles (California) denegando a un matrimonio varón español la inscripción de nacimiento y filiación de sus hijos nacidos en San Diego por gestación por sustitución. La DGRN estima el recurso y revoca la resolución apelada.

#### a) Hechos

Este matrimonio español solicita la inscripción de nacimiento de sus hijos, nacidos en San Diego, California (Estados Unidos), en el Registro Civil español mediante gestación por sustitución, a través de un escrito presentado en el Registro Civil Consular de los Ángeles (Estados Unidos).

Como documentación, adjuntaron los certificados de nacimiento de los menores, certificados de nacimiento de los promotores, libro de familia de los interesados, que contrajeron matrimonio en Valencia en 2005.

El Encargado del Registro Civil Consular deniega la inscripción de esos menores haciendo referencia a lo dispuesto en la LTRHA. En concreto hace referencia al art. 10.1, que establece una categoría de prohibición de la gestación por sustitución con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero, y al art. 10.2, que establece que la filiación de los hijos nacidos por gestación por sustitución será determinada por el parto. Por tanto la mujer que da a luz será considerada como madre legal del nacido y la gestación por sustitución se considera no válida.

### b) Resolución

La DGRN estimó el recurso y revocó el auto apelado. Así pues, ordenó que se procediera a la inscripción de estos menores, en el Registro Civil Consular, como hijos del matrimonio solicitante.

La certificación registral californiana cumple escrupulosamente con los requisitos formales para la inscripción<sup>52</sup> y por lo tanto el único escollo que debe salvar para su inscripción es que no produzca efectos contrarios al orden público internacional español.

### c) Fundamentos de la resolución

---

<sup>52</sup> Véase el apartado relativo a los requisitos necesarios para poder inscribir a nacidos en el Registro Civil español.

Este caso falló a favor del matrimonio español, porque la certificación registral no daña los intereses generales, es decir, no lesiona la organización moral y jurídica general, básica y fundamental de la sociedad española, puesto que el hecho de que los dos sujetos sean del mismo sexo no vulnera el orden público, ya que en España todos y todas somos iguales ante la Ley, según lo dispuesto en el art. 14 CE, al igual que se permite que la filiación de un hijo conste en el Registro Civil a favor de dos personas del mismo sexo<sup>53</sup>.

Al no permitir la inscripción de estos menores en el Registro Civil español podría resultar que los hijos, de nacionalidad española, quedarán privados de esa filiación inscrita lo que vulnera el art. 3 de la Convención sobre los derechos del niño<sup>54</sup>. Éste exige que los menores queden al cuidado de los sujetos que han dado su consentimiento para ser padres, ya que lo indispensable es la protección y el cuidado que son necesarios para el bienestar de estas criaturas, y es el ambiente idóneo para llevarlo a cabo. Por tanto, el interés superior del menor debe encontrarse como un valor superior a todo lo demás. El derecho de los menores a una identidad única les lleva a disponer de una filiación única válida en varios países y no una filiación diferente en cada país. Lo que llevaría a que cada vez que estos menores pasaran las fronteras de EE.UU o de España su filiación cambiaría.

Por lo que la inscripción de la certificación registral californiana en el Registro Civil español es el modo más efectivo para dar cumplimiento a ese derecho a la identidad única por encima de las fronteras estatales.

---

<sup>53</sup> Como ya hemos visto anteriormente, en el art. 7.3 LTRHA.

<sup>54</sup> Este Convenio sobre los derechos del niño fue hecho en Nueva York el 20 de noviembre 1989. Aparece recogida en el *BOE*, núm. 313 de 31 de diciembre 1990. Hasta el 5 de enero de 1991 no entró en vigor en España.

Por otra parte, los interesados no han llevado a cabo un fraude de Ley<sup>55</sup> porque no han utilizado una norma de conflicto ni cualquier otra norma con el fin de aludir una Ley imperativa española.

Con este caso se trata de precisar si una filiación ya determinada en virtud de certificación registral extranjera puede acceder al Registro Civil español y no si se ha realizado un contrato de gestación por sustitución. Además, en la certificación registral californiana no consta que el nacimiento de los menores, que son indudablemente hijos del ciudadano español<sup>56</sup>, haya tenido lugar a través de gestación por sustitución. Quedando invalidado los motivos por los que el Encargado del Registro deniega esa inscripción (lo establecido en el Art.10 de la LTRHA).

Por lo que, a lo que hace referencia el Encargado del Registro para denegar esa inscripción (lo establecido en el art. 10.1 LTRHA, que prohíbe el contrato de gestación por sustitución) queda invalidado.

### ***B. Sentencia del Juzgado de Primera Instancia n°. 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010***

Siguiendo el mismo caso del matrimonio homosexual español, que trata de inscribir a sus dos hijos nacidos a través de gestación por sustitución en el Registro Civil Consular de España en los Ángeles (California), nos situamos en esta sentencia donde nos encontramos ante una demanda interpuesta por el

---

<sup>55</sup> Se alude a un fraude de Ley en el art. 12.4 CC para los casos internacionales, y el art. 6.4 del mismo CC.

<sup>56</sup> Según lo establecido en el art. 17.1 CC, son españoles de origen los nacidos de padre o madre españoles. Por consiguiente, estos menores al ser hijos biológicos de uno de los miembros de este matrimonio español, son considerados españoles.

Con el término empleado de “nacidos” no exige que haya una filiación determinada legalmente, puesto que con este término hace referencia al hecho físico de la generación, que consten indicios racionales de su generación física por progenitor español. Materia modificada por la Ley 18/1990 de 17 de diciembre 1990, sobre reforma del CC en materia de nacionalidad.

Ministerio Fiscal contra la resolución de la DGRN de fecha 18 de febrero de 2009.

### a) Hechos

Según lo dispuesto en la LRC en su art. 49.3, se establece que *podrá inscribirse la filiación natural mediante expediente gubernativo aprobado por el juez de 1ª instancia, siempre que no hubiera oposición del Ministerio Fiscal o de parte interesada notificada personal y obligatoriamente* si respecto de la madre se prueba cumplidamente el hecho del parto y la identidad del hijo.

Como se dan los requisitos formales para la inscripción de los menores en el Registro Civil español y la certificación registral californiana no vulnera el orden público internacional español se procede a la inscripción. Aunque los contratos de gestación por sustitución estén prohibidos por leyes españolas (art. 10.1 LTRHA) y que la filiación del nacido se determina por el parto (art. 10.2 LTRHA), ya que este último no se aplica en este caso puesto que se trata de averiguar si la filiación ya determinada en virtud de una certificación registral extranjera puede proceder al Registro Civil español.

Por tanto, se trata de averiguar si resulta o no aplicable el art. 10 LTRHA en este caso.

### b) Resolución

Se estima la demanda interpuesta por el Ministerio Fiscal impugnando la resolución de la DGRN de fecha 18 de febrero de 2009 y en su consecuencia dejar sin efecto la inscripción por ella realizada.

### c) Fundamentos de la resolución

Al presentar la certificación registral extranjera ante el Registro Civil consular el encargado debe comprobar que el parte sea adecuado y no contradictorio<sup>57</sup>.

Debe verificar después que el documento sea auténtico según lo expuesto en el art. 81 RRC y que se procede al control de legalidad de dicho documento, es decir, que sea un documento público autorizado por la autoridad extranjera y que la certificación sea emitida por la autoridad registral (con equivalentes funciones a las respectivas españolas). También debe estar presente lo establecido en el art. 85 del RRC, que dice que debe ser regular y auténtico la inscripción sin expediente en virtud de certificación de Registro extranjero.

Todos estos requisitos formales para la inscripción son, en este caso, cumplidos por la certificación registral californiana.

El único obstáculo es que no produzca efectos contrarios al orden público internacional español. Esta inscripción no lo hace porque los hijos adoptados pueden tener dos padres varones y la ley no distingue entre hijos adoptados e hijos naturales<sup>58</sup>.

El no permitir a dos varones inscribir a sus hijos, determinada la filiación por naturaleza, en el Registro Civil español por el hecho de que sean personas del mismo sexo, se considera un acto discriminatorio y estaría quebrantando lo establecido en el art. 14 CE<sup>59</sup>.

En este caso no se tiene en cuenta el sexo de los solicitantes sino de que los nacidos son consecuencia de gestación por sustitución. El hecho determinante es la forma de alumbramiento.

Por otra parte, el Interés Superior del menor aconseja la inscripción en el Registro Civil. De no ser así, los menores quedarían privados de la filiación inscrita en el RC y sin derecho a identidad única.

---

<sup>57</sup> Ver art. 168 RRC que establece que el encargado del Registro debe realizar una comprobación del hecho por medio del Médico del Registro Civil o sustituto.

<sup>58</sup> Los hijos naturales deben poder tener dos padres varones naturales, pero esto no puede darse porque los varones no pueden, hasta el momento, concebir ni engendrar.

<sup>59</sup> El art. 14 CE establece que los españoles son iguales ante la ley sin que prevalezca discriminación por razón de sexo.

La ausencia de *fórum shopping* fraudulento por parte de los interesados hace que, junto al interés superior del menor y a la no discriminación por razón de sexo, no se vulnere el orden público internacional español en este caso.

Ante esta situación lo que se trata de averiguar es si resulta o no aplicable el art. 10 LTRHA.

El encargado del Registro Civil español debe comprobar la realidad del hecho inscrito, es decir, que no haya duda de que lo establecido en la certificación registral extranjera, es real: certificar que ambos solicitantes son los padres de los menores.

En la certificación registral californiana consta que es cierto pero no puede ser a efectos materiales puesto que biológicamente es imposible<sup>60</sup>. Así es como surge la duda de la realidad del hecho inscrito.

El encargado del RC también debe examinar si la inscripción es conforme con la ley española. Es decir, si el hecho hubiera ocurrido en España, ¿se consideraría legal? Es aquí donde cabe y si resulta o no aplicable el art. 10 LTRHA.

El art. 23 LRC permite al encargado del Registro Civil examinar si la certificación vulnera el contenido de la LTRHA, y para ello es necesario que examine si existe o no vulneración del art. 10 de esta Ley.

No hay prueba de existencia o no de gestación por sustitución. Es asumido por las partes y por tanto se considera que debe partirse de esa realidad.

Por tanto, según lo establecido en el art. 10.1 y 10.2 LTRHA, es nulo el contrato de gestación por sustitución y se considera madre legal a la mujer que da a luz al nacido. Por ello, se considera sin efecto la inscripción de estos dos menores en el Registro Civil español.

---

<sup>60</sup> Como ya he mencionado anteriormente, los hijos naturales deben poder tener dos padres varones naturales, pero esto no puede darse porque los varones no pueden, hasta el momento, concebir ni engendrar.

### *C. Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución*

#### a) Contenido

En esta Instrucción se fijan las directrices para la calificación de los encargados del Registro Civil en relación con las solicitudes de inscripción de nacimiento realizadas por ciudadanos españoles que tratan de inscribir a esos menores nacidos en el extranjero como consecuencia de la gestación por sustitución.

Para garantizar la protección de las partes se establece como requisito previo, para la inscripción de los nacidos a través de esta técnica, la presentación ante el encargado del Registro Civil de una resolución judicial<sup>61</sup> dictada por un Tribunal competente. Así se permite constatar la plena capacidad jurídica y de obrar de la mujer gestante, no incurrir en error sobre las consecuencias y alcance del consentimiento prestado, ni haber sido sometida a engaño, violencia o coacción, y que no exista simulación en el contrato que encubra el tráfico internacional de menores. Se trata de proteger también el interés del menor.

El requisito de que haya una previa resolución judicial se fundamenta en el art. 10.3 LTRHA<sup>62</sup>.

Es necesario instar el exequátur de la decisión de determinación de la filiación del menor ante los Juzgados de Primera Instancia<sup>63</sup>. Aunque en los casos

---

<sup>61</sup> La exigencia de esta resolución en el país de origen tiene el fin de controlar el cumplimiento de los requisitos de perfección y contenido del contrato respecto del marco legal del país donde se ha formalizado, así como la protección de los intereses del menor y de la madre gestante.

<sup>62</sup> Este art. hace referencia a la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.

<sup>63</sup> Como aparece recogido en el art. 955 LEC 1881 que dice *sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados y otras normas internacionales, la competencia para conocer de las solicitudes de reconocimiento y ejecución de sentencias y demás resoluciones judiciales extranjeras, así como de acuerdos de mediación extranjeros, corresponde a los Juzgados de Primera Instancia del domicilio o lugar de residencia de la parte frente a la que se solicita el reconocimiento o ejecución, o del domicilio o lugar de residencia de la persona a quien se refieren los efectos de aquéllas; subsidiariamente la competencia territorial se*

en los que la resolución judicial derive de un procedimiento equiparable a un procedimiento español de jurisdicción voluntaria, el Tribunal Supremo<sup>64</sup> ha proclamado que su inscripción no queda sometida al requisito del exequátur bastando con el reconocimiento incidental de la resolución como requisito previo a su inscripción. Así pues, si el encargado del Registro Civil estima que la resolución extranjera tiene su origen en un procedimiento análogo al de uno español controlará incidentalmente<sup>65</sup> si la resolución puede ser reconocida en España, como requisito previo a su inscripción. Por el contrario, si considera que la resolución extranjera proviene de un procedimiento jurisdiccional de naturaleza contenciosa denegará la inscripción al requerirse previamente el exequátur de ésta de acuerdo a lo establecido en la LEC.

Evidentemente, en el caso en que se deniegue la inscripción por falta de una resolución que determine la filiación, reconocible incidentalmente o por exequátur, las vías por las que se puede optar son: intentar la inscripción por los medios ordinarios regulados en el art. 10.3 LTRHA<sup>66</sup> y arts. 764 y siguientes LEC.

---

*determinará por el lugar de ejecución o donde aquellas sentencias y resoluciones deban producir sus efectos.*

<sup>64</sup> La presente Instrucción incorpora la doctrina consolidada por el Tribunal Supremo.

<sup>65</sup> En el control incidental deberá constatar:

- Que todos los documentos, incluido la resolución judicial extranjera, deben ser regulados y auténticos.
- Que el Tribunal de origen establezca los criterios equivalentes a los de la legislación española.
- Garantizar los derechos procesales de las partes, sobre todo los de la mujer gestante.
- Que no hay una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante. En especial, deberá verificar el consentimiento libre y voluntario de la mujer gestante, sin incurrir en error, dolo o violencia y que tiene la capacidad natural suficiente.
- Que la resolución judicial sea firme y los consentimientos prestados irrevocables, o estuviera sujeto a un plazo de revocabilidad conforme a la legislación extranjera aplicable, que éste hubiera transcurrido, sin reconocimiento de facultad de revocación, la hubiera ejercitado.

Desde mi punto de vista, considero que esta Instrucción se ha centrado principalmente en la mujer gestante, y ha dejado el interés superior del menor en un segundo plano. Tan importante es salvaguardar los derechos de las mujeres gestantes, que cierto es, en este tipo de técnicas puede ser muy vulnerables, como proteger al menor, que se encuentra completamente indefenso. Deja claro, que en la gestación por sustitución, los miembros que pueden acabar siendo individuos de tráfico de seres humanos con distintos fines, son los menores que nacen y las madres que gestan a esos menores.

<sup>66</sup> Sobre este tema me centraré más adelante.

No será válido, por tanto, una certificación registral extranjera o la simple declaración acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante.

### b) Notas críticas en torno a esta Instrucción

Algunos autores consideran que la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre 2010 tiene numerosos límites operativos por lo que no resulta útil, en España, para resolver los problemas relativos a la filiación de los nacidos en los países extranjeros como consecuencia de la técnica de gestación por sustitución.

Veamos pues, los puntos débiles de esta Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010.

En la obra de estos dos autores, ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA Y JAVIER CARRASCOSA<sup>67</sup>, mencionan que el art. 10 LTRHA no resulta aplicable a la filiación de un sujeto nacido de una gestación por sustitución cuando ya ha sido declarada ésta por autoridades públicas extranjeras.

Recordemos, pues, que para determinar la filiación de un sujeto nacido como consecuencia de una gestación por sustitución puede llevarse a cabo mediante una tutela por declaración o a través de una tutela por reconocimiento<sup>68</sup>.

Consideran que el art. 10 LTRHA es inaplicable en los supuestos de tutela por reconocimiento porque el art. 10. 2 de esta Ley dice que la filiación de los hijos nacidos por gestación por sustitución será determinada por el parto.

Parte de una situación jurídica concreta de que la filiación de los hijos nacidos por esta técnica no ha sido aún “determinada”. Por ello, solo sería aplicable a los casos en que los nacidos no tienen determinada su filiación y, por tanto, se debe concretar qué Ley estatal rige la determinación de la filiación y qué

---

<sup>67</sup> Extraído de A.L, CALVO CARAVACA / J, CARRASCOSA GONZÁLEZ, “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*, (marzo 2011), Vol. 3, Nº 1, pp. 247 – 262.

<sup>68</sup> Ver el apartado sobre Ley y RRC de este trabajo.

reglas materiales se debe seguir para determinar la filiación de esos nacidos (si se fija la filiación a partir del parto o del dato de la aportación del material genético o cualquier otro criterio). Así pues, este art. solo sería aplicable en los casos de tutela por declaración y no lo es cuando la filiación ya ha sido determinada por autoridades extranjeras en una “decisión pública”.

Añaden que la DGRN de 5 de octubre 2010 no hace referencia en ningún apartado al art. 9.4 CC<sup>69</sup>, cuya aplicación procede, necesariamente, en los casos internacionales.

Otro aspecto que critican estos autores es que la exigencia de una resolución judicial extranjera sobre la filiación de los nacidos tras gestación por sustitución es una exigencia contraria a la Ley, porque el art. 10 LTRHA sólo puede ser aplicable cuando la Ley entera lo sea y, como he acabado de mencionar, en los casos de tutela por reconocimiento el art. 10 LTRHA no es aplicable.

El art. 10 LTRHA rompe con la continuidad transfronteriza de la filiación declarada en el extranjero si en dicho país la madre del menor no es la mujer que ha dado a luz.

Consideran que esta exigencia de previa resolución judicial persigue eximir de sus responsabilidades legales a los encargados del Registro; que obliga a los promotores de la inscripción a “judicializar”, ante los tribunales de un país extranjero el nacimiento de los menores; que es imposible su aplicación cuando en el Estado extranjero no existen procedimientos judiciales para acreditar la filiación de estos menores; y vulnera un Decreto aprobado por el Consejo de Ministros<sup>70</sup> y el art. 9.4 CC.

Creen que podría llegar a resultar discriminatoria en razón de filiación ya que las actas registrales extranjeras de nacimiento por razón de filiación pueden ser inscritas, directamente, sin haber recurrido a las técnicas de gestación por

---

<sup>69</sup> Este art. 9.4 del CC dice que *el carácter y contenido de la filiación, incluida la adoptiva, y las relaciones paterno-filiales, se regirán por la Ley personal del hijo y si no pudiera determinarse ésta, se estará a la de la residencia habitual del hijo.*

<sup>70</sup> RRC.

sustitución pero esto no sucede en estos casos y perjudica a estos menores. No concuerda con lo establecido en el art. 14 CE ni con los instrumentos legales internacionales que protegen el interés superior del menor.

Añaden que la DGRN distingue de manera incorrecta “reconocimiento” y “exequátur” puesto que es posible solicitar bien el “reconocimiento” o bien el “exequátur” de una resolución judicial extranjera por separado; que olvida el “orden público internacional” como motivo de rechazo del “reconocimiento incidental” en España de la resolución extranjera que establece una filiación de casos de gestación por sustitución; y que no tiene sentido el sistema bilateralista de control de la competencia judicial internacional de los tribunales extranjeros, puesto que sería inútil y constituiría un atentado a la Soberanía de los demás Estados extranjeros ya que cada Estado es competente para fijar los casos en los que los órganos de “su Poder Judicial” deben conocer<sup>71</sup>.

Por otra parte, la Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la DGRN, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, introduce unas mejoras técnicas que hace que esta Instrucción sea un avance y depuración respecto de la doctrina anterior.

---

<sup>71</sup> Todas estas ideas han sido extraídas de A.L, CALVO CARAVACA / J, CARRASCOSA GONZÁLEZ, “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*, (marzo 2011), Vol. 3, Nº 1, pp. 247 – 262. Para un mayor conocimiento al respecto consultar este escrito.

Cabe destacar, según mi parecer, que el art. 10 LTRHA no es adecuado para tenerlo en cuenta en los casos en los que hay que determinar la filiación de menores nacidos a través de gestación por sustitución. Porque el art. 10.2 LTRHA, que establece que la madre legal del nacido es la mujer que gesta, y por tanto la que da a luz, no puede aplicarse en los casos en los que la determinación de la filiación de un menor nacido por gestación por sustitución, se realiza a través de tutela por reconocimiento, ya que la certificación registral extranjera constituye una “decisión” adoptada por las autoridades extranjeras que constata el nacimiento y la filiación del nacido. Por tanto, la filiación ya ha sido determinada por autoridades extranjeras e invalida lo establecido en el art. 10.2 LTRHA.

El art. 9.4 CC al que no alude esta Instrucción de 5 de octubre de 2010, considero que es necesario para garantizar una protección al menor, ya que la Ley personal propia de cualquier persona física es la determinada por su nacionalidad.

Esta Instrucción trata de proteger el interés superior del menor, pero cierto es que, resulta discriminatoria para aquellos menores nacidos mediante la técnica de gestación por sustitución, puesto que las actas registrales extranjeras de nacimiento pueden inscribirse directamente, cosa que no sucede con las actas registrales extranjeras de nacimiento de menores a través de estas técnicas.

Establece como objetivo prioritario la protección jurídica del interés superior del menor sin obviar otros intereses presentes como la protección de las mujeres; por el ámbito material resulta de aplicación en todos los supuestos (tanto si los comitentes son heterosexuales como parejas del mismo sexo); y se delimitan con precisión los supuestos y condiciones de acceso al Registro, asegurando por distintos procedimientos la continuidad de las relaciones jurídicas establecidas en el extranjero.

El avance respecto a su doctrina anterior se identifica en la exigencia de una resolución judicial con fundamento en el art. 10.3 LTRHA; lo que permite excluir, seguramente con buen criterio, todos aquellos supuestos procedentes de países en los que no sea preceptivo el control judicial del contrato de gestación por sustitución para que la filiación establecida acceda al registro extranjero.

En el “nuevo sistema” destaca el cuidadoso tratamiento que reciben los derechos fundamentales afectados en este tipo de procesos y, señaladamente, los orientados a arrancar consentimiento veraz como elemento clave en la prevención del tráfico ilícito, así como el carácter irrevocable.

A mi parecer, esta Instrucción ha tratado de proteger el interés superior del menor y los derechos de la mujer gestante y evitar el tráfico de seres humanos lo cual es muy beneficioso sobre todo para la mujer gestante que parece, en este tipo de técnicas, quedar en segundo lugar.

Han tratado, teniendo presente la normativa española, adaptarse a la situación actual en referencia con la gestación por sustitución y el problema que acarrea en el momento de inscribir a estos nacidos en el Registro Civil español, pero no ha resultado ser eficaz en todo su contenido puesto que, como ya hemos visto, tiene puntos débiles e incorrecciones jurídicas. Por lo que desde mi punto de vista esta Instrucción parece un atajo para reconocer consecuencias jurídicas en España a una conducta que nuestro ordenamiento prohíbe.

Considero que la normativa referente a la gestación por sustitución debe ser, nuevamente, tomada en cuenta para adaptarla a la situación actual protegiendo, como bien establece esta Instrucción de 5 de octubre de 2010, el objetivo esencial: que es la protección jurídica del interés superior del menor que ha nacido a través de la técnica de gestación por sustitución y la protección de las mujeres que se prestan a dicha técnica de reproducción renunciando a sus derechos como madres legales.

La diversificación de las “funciones” maternas resultaría efectivo para determinar la filiación de estos menores puesto que nos encontraríamos antes tres “tipos” de madres: la madre que aporta el material genético (maternidad genética); la madre que gesta y da a luz al nacido (maternidad de gestación) y; la madre legal (maternidad jurídica). Evitaría así conflictos en el momento de inscribir al menor nacido por gestación por sustitución en el Registro Civil español ya que estarían bien determinadas las distintas maternidades.

Si acudimos a internet, que es la vía de comunicación entre madres gestantes y padres intencionales, evidenciamos que la gestación por sustitución se está dando en España y al ser contraria a la normativa española (según art. 10 LTRHA) resulta una práctica ilegal y podría conllevar a un tráfico de menores. Por ello, recalco de nuevo, que el legislador debe tomar conciencia de esta realidad y modificar esta normativa que prohíbe la gestación por sustitución para garantizar el interés superior del menor y los intereses de la madre gestante. Hay que recordar que en plena crisis económica las familias cada vez tienen menos recursos para salir adelante con sus vidas y recurren, por “necesidad”<sup>72</sup>, a este tipo de técnicas reproductivas ya que es una manera de conseguir ingresos económicos de forma rápida.

---

<sup>72</sup> Las familias recurren, debido a su situación económica a este tipo de práctica de gestación por sustitución. Es evidente que se someten a esta práctica de manera voluntaria, pero bajo la presión de la necesidad de conseguir unos ingresos, de los cuales carecen, por lo que se podría considerar una opción vital como sucede en los países en vías de desarrollo, en donde la gestación por sustitución está permitida. Más adelante hago referencia a un país, India, en el que esta práctica de reproducción está permitida y las madres gestantes se someten a la gestación por sustitución como una opción vital. Es evidente, que las necesidades de estas mujeres gestantes son muy diferentes en unos países y en otros. A esto haré referencia al hablar sobre la gestación por sustitución en la India.

*D. Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10ª, de 23 noviembre 2011*

Tras dejar sin efecto la inscripción de los nacidos por gestación por sustitución del matrimonio español por la sentencia de Primera Instancia, nº 15 de Valencia, los solicitantes recurren esta decisión.

a) Hechos

En el Juzgado de Primera Instancia, nº 15 de Valencia la sentencia falló a favor del Ministerio Fiscal. Se concluyó que la demanda interpuesta por el Ministerio Fiscal contra la resolución de la DGRN de fecha de 18 de febrero 2009, dejó sin efecto la inscripción de nacimiento, por ella realizada en el Registro Civil Consular de Los Ángeles, de los dos menores. Se acordó, por tanto, la cancelación de la inscripción.

Contra dicha sentencia los afectados (matrimonio español) interpusieron un recurso de apelación para tratar de impugnar dicha sentencia.

b) Resolución.

Desestimación del recurso de apelación interpuesto por los demandados contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia, nº 15 de Valencia, de 15 septiembre 2010.

c) Fundamentos de la Resolución

Ante la situación actual en la que se establece la posibilidad de la inscripción de nacimiento de menores en el extranjero como consecuencia del

uso de técnicas de gestación por sustitución mediante la presentación de una resolución judicial en la que se determine la filiación del nacido, o si la resolución judicial tiene su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria.

Siempre previa constatación de que se ha respetado el interés del menor y los derechos de la madre contratante gestante, como que conste su identidad, además de otros requisitos de carácter formal y procesal.

Aunque la certificación californiana ha sido expedida por orden de una previa decisión judicial lo cierto es que dicha resolución judicial no consta en este procedimiento ni tampoco la identidad de la madre gestante, por lo que no es posible aseverar que, conforme a la nueva Instrucción la filiación californiana de los menores, se inscribirá en el Registro Civil español.

Los requisitos formales, el control de legalidad y el hecho de que no vulnera el orden público internacional español tienen cabida en esta sentencia.

El interés superior del menor es un principio muy tenido en cuenta en esta sentencia con la aparición de la Instrucción de 5 octubre 2010, pero la satisfacción de dicho interés no puede conseguirse infringiendo la ley. La prohibición de la gestación por sustitución persigue, al menos en abstracto, la defensa del interés de los menores, ya que pretende impedir que la vida humana sea objeto de comercio.

Al no existir prueba alguna de que acredite la afirmación de los recurrentes de que en el caso de que su pretensión no fuera estimada, el destino de los menores sería “ir a un orfanato o ser devueltos a EE.UU donde también sufrirían un destino similar”, y al no atentar la sentencia recurrida contra el derecho a la identidad única de los menores, puesto que estos menores tienen la certificación californiana que será la que publique el Registro Civil español si acceden a él de acuerdo con la ley.

Por ello se procede a desestimar el recurso de apelación interpuesto por los demandados.

## IV. LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL

Antiguamente se consideraba a la adopción como un tema tabú y lleno de secretismo pero esto ha quedado atrás y, en los últimos años, se ha visibilizado y el número de adopciones internacionales ha aumentado considerablemente. Por lo que en España ha aumentado el interés por el mundo de la adopción quedando en el primer país que más adopta en el extranjero<sup>73</sup>.

### 1) Breve referencia histórica

A finales de los años sesenta la adopción internacional se considera como una respuesta solidaria con el Tercer Mundo y como una respuesta a la reducción de natalidad en los países industrializados, unido al descenso de menores susceptibles de una adopción nacional.

---

<sup>73</sup> España se encuentra según los datos encontrados en el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad en el primer país con un número de adopciones internacionales bastante superior al resto de países, con datos del 2006. A continuación expongo una tabla con el total de adopciones internacionales llevadas a cabo en España desglosado entre los años 2006 y 2010.

2006	2007	2008	2009	2010
4.472	3.648	3.156	3.006	2.891

El descenso que se ha dado a lo largo de los años, es consecuencia de la situación económica en la que se encuentra España en estos momentos.

El total de adopciones alcanza una cifra de 17.173.

En la siguiente tabla se establecen las adopciones, durante el mismo periodo de tiempo, englobados por continentes, que muestran cómo España es el primer país en adopciones internacionales.

Continente	2006	2007	2008	2009	2010
América Latina	490	374	331	262	258
Asia	2.041	1.269	865	724	1.016
Europa del Este	1.567	1.460	1.304	1.236	1.039
África	374	545	656	784	578

Resulta interesante recalcar, que hasta que no se estableció la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, no se hizo referencia a la adopción internacional, por lo que se considera algo reciente, y nos hace tener una visión, de la adopción internacional llevada a cabo en España, muy reclamada ya que nos situamos en el primer puesto entre los países en el número de adopciones.

En España la adopción internacional se hace esperar puesto que no se había producido un descenso de menores susceptibles de adopción y el tiempo de espera, para llevar a cabo una adopción en territorio español, era relativamente corto.

El objeto de una adopción internacional es garantizar la protección, de manera real y efectiva, del menor, a través de unas medidas adecuadas a nivel internacional que regularan los procedimientos.

Estas medidas se han ido definiendo en distintos documentos de los cuales cabe destacar la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 y el Convenio de La Haya relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional de 1993.

A finales de los años ochenta la posibilidad de adoptar a un niño nacido en España era muy escasa, por lo que el territorio español comenzó a situarse en uno de los países donde se tramitaban más adopciones internacionales<sup>74</sup>.

### **2) Procedimientos de la tramitación de una adopción internacional**

La tramitación de una adopción internacional<sup>75</sup> se inicia en España a partir de la solicitud formulada<sup>76</sup> por la persona o personas interesadas en convertirse en padres adoptivos de un menor de origen extranjero.

---

<sup>74</sup> Cuando en España comenzó a iniciarse la adopción internacional, en pocos años se situó en el grupo de países que más adopciones internacionales tramita, situándose actualmente en el país con más adopciones internacionales.

Este crecimiento rápido obliga a las administraciones implicadas a tomar medidas para adecuarse a la nueva realidad. Por lo que actualmente, en nuestro país cuenta con: una normativa, tanto nacional como internacional; numerosas Entidades Colaboradoras de Adopción Internacional; una amplia red de Asociaciones de familias adoptivas; un gran número de países de origen de los niños (puede verse el siguiente enlace web: <http://www.msssi.gob.es/ssi/familiasInfancia/adopciones/adopInternacional/informPaísesOrigen/home.htm>); y un mayor conocimiento de la propia institución de la adopción internacional.

<sup>75</sup> Fuera del marco del Convenio de mayo de 1993, la tramitación de solicitudes de adopción se realizará directamente por las Entidades Públicas españolas competentes en materia de Protección de Menores o bien a través de las Entidades Colaboradoras de adopción internacional debidamente acreditadas (ECAIs).

La solicitud se presenta ante la administración pública competente en materia de adopción en las diferentes Comunidades Autónomas. Entonces se inicia en España un proceso administrativo y posteriormente en el país de origen del menor.

Para iniciar esta tramitación se comprueba ciertos requisitos<sup>77</sup> que son imprescindibles para garantizar el interés superior del menor. Y se considera necesario que tanto las Comunidades Autónomas, las Administraciones Públicas sobre la adopción internacional y el Consejo Consultivo de Adopción Internacional trabajen de manera coordinada entre ellas para conseguir mejores

---

Información extraída de <http://www.msssi.gob.es/ssi/familiasInfancia/adopciones/adopInternacional/procedAdopcion/consideracionesGenerales/fueraConvenioMayo1993.htm>

Y dentro del marco del Convenio de mayo de 1993, se estableció como una posible vía, un sistema de coordinación y reparto de responsabilidades durante el procedimiento de adopción entre las Autoridades Centrales de ambos países, y las Entidades Colaboradoras de Adopción Internacional (ECAIs) como otra vía. Información extraída de <http://www.msssi.gob.es/ssi/familiasInfancia/adopciones/adopInternacional/procedAdopcion/consideracionesGenerales/convenioMayo1993.htm>. Véase también el Instrumento de ratificación del Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993.

<sup>76</sup> La presentación de la solicitud de adopción internacional es una petición que se formula a otro país, que no siempre finaliza con éxito ya que se encuentra sometida a los criterios y decisiones de los organismos competentes y de los responsables de las políticas de protección a la infancia de los países de origen de los niños. Esta petición podría asimilarse a la gestación por sustitución, con la diferencia que en este último caso, estaríamos hablando de un contrato, pero en principio sería una petición a una mujer de otro país para que gestara una criatura que tras el parto debe ceder a la pareja o individuo comitente. En los casos que se dan en España, que veremos posteriormente, quizá sea más adecuado hablar de petición a la mujer gestante que de contrato, puesto que éste no se da.

<sup>77</sup> Entre estos requisitos, encontramos en materia de protección a la infancia, que la legislación de ese país regula la adopción; que el país dispone de un organismo competente en materia de protección de menores al que dirigir la solicitud para que pueda proceder a su tramitación; y que no exista en el país una situación de inseguridad jurídica grave en la tramitación de adopciones. Para ello, recaba información de fuentes oficiales y de organismos internacionales de protección a la infancia.

Y por otro lado, la Ley de Adopción Internacional establece que no deben darse las siguientes circunstancias para llevar a cabo una adopción internacional: cuando el país donde el menor tenga su residencia habitual se encuentre en conflicto bélico o inmerso en desastre natural; si no existe en el país una autoridad específica que controle y garantice la adopción; y cuando en el país no se den las garantías adecuadas para la adopción y las prácticas y trámites de la adopción en el mismo no respeten el interés del menor o no cumplan los principios éticos y jurídicos internacionales.

Datos extraídos del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.

Algunos de estos requisitos han sido tema de debate entre expertos del tema, como es el caso de “cuando el país donde el menor tenga su residencia habitual se encuentre en conflicto bélico o inmerso en desastre natural”. Véase el escrito de ANTONIA DURÁN AYAGO en el libro *Nuevos Conflictos del Derecho de Familia*, pp. 553-555.

resultados garantizando la protección del menor y desarrollar las tareas de intermediación<sup>78</sup> en la tramitación de adopciones.

También deben intervenir dos legislaciones, en este caso la española y la del país de origen del niño, para que se cumplan todos los requisitos y procedimientos de ambas legislaciones, como los organismos competentes en adopción de los dos países con sus determinadas responsabilidades<sup>79</sup>.

España forma parte de los Convenios más relevantes en materia de protección de menores. Estos Convenios ayudan a organizar la cooperación entre las autoridades del país de origen del menor y el país de recepción. Se establece un compromiso entre ambos países para garantizar el interés superior del menor en la adopción internacional. Se establece un sistema de doble control de legalidad de adopción en el Estado de origen y en el Estado de reconocimiento.

En el Art. 26 de la Ley de Adopción Internacional en donde se establecen los requisitos para la validez en España de adopciones constituidas por autoridades extranjeras en defecto de normas internacionales y dice:

*1. En defecto de Tratados y Convenios internacionales y otras normas de origen internacional en vigor para España que resulten aplicables, la adopción constituida por autoridades extranjeras será reconocida en España como adopción si se cumplen los siguientes requisitos:*

*1. Que haya sido constituida por autoridad extranjera competente.*

*La adopción debe haberse constituido por autoridad pública extranjera, sea o no judicial. Se considera que la autoridad extranjera que constituyó*

---

<sup>78</sup> Las intermediación consiste en poner en contacto o relación a los solicitantes de adopción con las autoridades, organizaciones e instituciones del país de origen o residencia del menor que puede ser adoptado y prestar la asistencia suficiente para que esa adopción se pueda llevar a cabo.  
Recogido del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.

<sup>79</sup> Las responsabilidades a las que hago referencia son: la determinación de la idoneidad de los solicitantes españoles para adoptar a un menor, en el caso de España; y en el caso del país de origen del menor, la determinación de la adoptabilidad de los niños y la conveniencia en su caso de la adopción internacional como el recurso más adecuado para cada niño. Así mismo, la asignación de los niños a los solicitantes que estimen más idóneos.

Recogido del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.

*la adopción es internacionalmente competente si se respetaron, en la constitución de la adopción, los foros recogidos en su propio Derecho.*

*No obstante lo establecido en la regla anterior, en el caso en que la adopción no presente conexiones razonables de origen, de antecedentes familiares o de otros órdenes similares con el país cuya autoridad haya constituido la adopción, se estimará que la autoridad extranjera carecía de competencia internacional.*

- 2. Que se haya constituido con arreglo a la ley o leyes estatales designadas por las normas de conflicto del país del que depende la autoridad extranjera que constituyó la adopción.*

*A tal efecto, si la autoridad española comprueba que no se ha prestado alguna declaración de voluntad o no se ha manifestado el consentimiento exigido por la ley extranjera reguladora de la constitución de la adopción, dicho requisito podrá ser completado en España, ante las autoridades competentes españolas con arreglo a los criterios contenidos en esta Ley, o ante cualquier otra autoridad extranjera competente.*

En lo referente al primer apartado de este art. 26 de la Ley de Adopción Internacional comparte con la gestación por sustitución la idea de que ambas deben darse en los países o lugares dónde haya una competencia extranjera al respecto, con la diferencia de que la adopción requiere una constitución de una entidad pública extranjera, mientras que la gestación por sustitución es un tema absolutamente del ámbito privado, aunque la idea de que pase a formar parte de la sanidad pública se encuentra pululando al hablar de la gestación por sustitución en España en su posible modificación de la regulación.

*2. Cuando el adoptante o el adoptado sea español, la adopción constituida por autoridad extranjera debe surtir los efectos jurídicos que se*

## *Gestación por sustitución. La situación de la mujer gestante*

---

*corresponden, de modo sustancial, con los efectos de la adopción regulada en Derecho español.*

*Será irrelevante el nombre legal de la institución en el Derecho extranjero.*

*En particular, las autoridades españolas controlarán que la adopción constituida por autoridad extranjera produzca la extinción de vínculos jurídicos sustanciales entre el adoptado y su familia anterior, que haga surgir los mismos vínculos de filiación que los de la filiación por naturaleza y que sea irrevocable por los adoptantes.*

*Cuando la ley extranjera admita que la adopción constituida a su amparo pueda ser revocada por el adoptante, será requisito indispensable que éste, antes del traslado del menor a España, renuncie al ejercicio de la facultad de revocarla. La renuncia deberá formalizarse en documento público o mediante comparecencia ante el Encargado del Registro Civil.*

El apartado 2 de este artículo tiene mucha similitud con la validez del contrato de la gestación por sustitución realizada en un país extranjero en España. Puesto que el contrato de la gestación por sustitución que se realiza debe tener efectos jurídicos en territorio español para considerarse válido y así poder inscribir al menor en el Registro Civil español. En ambos casos lo que se trata de evitar es el tráfico de menores.

*3. Cuando el adoptante sea español y residente en España, la Entidad Pública española competente deberá declarar su idoneidad previamente a la constitución de la adopción por el órgano competente extranjero. No se exigirá dicha declaración de idoneidad en los casos en los que de haberse constituido la adopción en España no se hubiera requerido la misma.*

En la gestación por sustitución no se requiere una declaración de idoneidad entre el nacido y los padres comitentes porque que el contrato se

## *Gestación por sustitución. La situación de la mujer gestante*

---

realiza con anterioridad al nacimiento y formación del embrión, por lo que esto sería imposible. Pero lo que si tratan de asegurar, al menos las clínicas que se dedican a poner en contacto ambas partes del acuerdo, es la idoneidad de la madre gestante respecto del individuo o pareja comitente.

Algunos autores que han estudiado sobre el tema consideran que debería de exigirse una declaración de idoneidad entre la madre gestante y el individuo o pareja comitente, para que las clínicas se cercioren de que no surja ningún contratiempo durante el embarazo y tras el parto. Ya que el objetivo principal de esta declaración de idoneidad es el bienestar del menor en su nueva familia, y en el caso de la gestación por sustitución, del bienestar de ambas partes del acuerdo (madre gestante e individuo o pareja comitente) para tratar de prevenir los contratiempos que puedan darse.

*4. Si el adoptando fuera español en el momento de constitución de la adopción ante la autoridad extranjera competente, será necesario el consentimiento de la Entidad Pública correspondiente a la última residencia del adoptando en España.*

*5. El documento en el que conste la adopción constituida ante autoridad extranjera deberá reunir los requisitos formales de autenticidad consistentes en la legalización o apostilla y en la traducción a idioma oficial español. Se exceptúan los documentos eximidos de legalización o traducción en virtud de otras normas vigentes.*

España carece de convenios con los países en donde los españoles adoptan a más niños<sup>80</sup>.

---

<sup>80</sup> En la siguiente tabla expongo los países de los que procede un mayor número de menores adoptados, en los años 2009 y 2010, que son los datos más recientes que he encontrado.

Año 2009	Nº de niños/as
F. Rusa	868

### 3) Relación entre adopción y gestación por sustitución

Desde el punto de vista ético, algunas distorsiones podrían derivarse del efecto disociador de la maternidad que provoca la gestación por sustitución, aunque en último extremo no parece que su situación sea muy diversa de la de los niños fruto de las técnicas de reproducción asistida convencionales o de aquellos que resultan desamparados y son dados en adopción.

De alguna forma el estudio y eventual tratamiento legal de la gestación por sustitución no puede hacerse de espaldas a la regulación sobre adopción. Si las técnicas de reproducción asistida tradicionales ya vienen a suponer una especie de *tertium genus* entre la filiación natural y la adoptiva, la proximidad de la gestación por sustitución a la adopción es mucho más evidente dada la escisión que en aquélla se da, por definición, entre el hecho obstétrico y la voluntad o deseo de ser padre/madre, la cual se acentúa cuando los comitentes no hayan aportado el material reproductor y por lo tanto carezcan de vínculo genético con

Etiopia	722
China	573
Ucrania	168
Colombia	160

Año 2010	Nº de niños/as
F. Rusa	801
China	584
Etiopia	508
Vietnam	320
Colombia	197

Datos del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.

En el siguiente enlace podemos encontrar un listado de la situación de tramitación de la adopción internacional de los distintos países (actualizado de septiembre de 2011), en donde por ejemplo, Ucrania, que en el año 2009 obtuvo un número elevado de adopciones por parte de los españoles (168), pertenece a la lista de los países con los que se tramita de “vía libre”, es decir, que son los mismos solicitantes los que tienen que acudir ante el Organismo Público competente del país a entregar la documentación, que previamente ha sido expedida por las entidades públicas competentes en materia de adopción internacional en las Comunidades Autónomas. Véase: <http://www.msssi.gob.es/ssi/familiasInfancia/adopciones/adopInternacional/informPaisesOrigen/home.htm>

la criatura. A la vista de este dato, la eventual regulación legal de la gestación por sustitución debería prever unos requisitos parejos a los de la adopción en el sentido de requerir un certificado de idoneidad de los comitentes, una autorización judicial para la formalización definitiva de sus efectos en el plano de la filiación del niño o la intervención por una entidad pública del contrato de maternidad subrogada a fin de otorgar eficacia al consentimiento previo de la mujer portadora relativo a la entrega del niño. La homologación de esos contratos por una autoridad judicial o administrativa permitiría garantizar que todos los consentimientos se han prestado de forma voluntaria y tras haber recibido oportuno asesoramiento legal y médico, y que tanto los comitentes como la portadora reúnen las condiciones psicofísicas adecuadas para asumir el rol que cada uno de ellos se propone<sup>81</sup>.

Se considera que la gestación por sustitución es una muestra de explotación de las clases más desfavorecidas por parte de las clases mejor posicionadas. Pero, también hay algunos autores que consideran que la adopción es también muestra una explotación de la clase inferior por la superior, con la diferencia, de que en la adopción no se produce una criatura nueva, sino que ya existe.

---

<sup>81</sup> R, SANCHEZ ARISTI, *La gestación por sustitución: dilemas éticos y jurídicos*. Idea extraída de su escrito, que puede consultarse en la siguiente dirección web:  
[http://www.fundacionmhm.org/www\\_humanitas\\_es\\_numero49/iresumen.html](http://www.fundacionmhm.org/www_humanitas_es_numero49/iresumen.html)

Realmente considero que si el interés del menor es lo que se debe proteger por encima de todo, se debería, en primer lugar establecer una legislación que evitara el tráfico de menores, de mujeres y de material genético, y una buena salida es regular la gestación por sustitución según los requisitos de la adopción, de esta manera, el bien superior, que es el menor, estaría protegido, y se prevendría cualquier tipo de tráfico, puesto que estaría regulado con ese fin. En lo referente al tráfico de mujeres y material genético, también se debería regular al respecto, aunque muchos autores defiendan la idea de que en ambos casos, el sometimiento a las distintas técnicas se producen de manera voluntaria. Este punto lo analizaremos más adelante.

Por lo que comparto la idea de Rafael Sánchez, de que la regulación legal de la gestación por sustitución debería prever unos requisitos parejos a los de la adopción.

Algunos autores creen que la gestación por sustitución se presenta como una alternativa *de diseño* a la adopción. JOAN CERDÁ SUBIRACHS considera que, desde la perspectiva de los pudientes del mundo occidental, la gestación por sustitución se visualiza como un *first class* en relación a la adopción en general y a la internacional en particular. Frente a la adopción, la gestación por sustitución supone la posibilidad de ser padre/madre de un bebé sanitariamente controlado al que se tiene acceso desde el primer momento y que, en la mayoría de los casos, porta material genético propio<sup>82</sup>.

Pasemos pues a conocer la situación en España respecto a la gestación por sustitución, cómo buscan otra vía de acceso a estas técnicas dentro del propio territorio sin acudir a una mujer extranjera<sup>83</sup> para que gaste a la criatura, teniendo en cuenta que la gestación por sustitución está prohibida.

#### **4) La adopción exprés como vía española a la gestación por sustitución**

En España, como ya hemos visto, la gestación por sustitución está prohibida según lo expuesto en el art. 10 LTRHA.

Pero ello, no significa que no se produzcan casos de gestación por sustitución. La diferencia es que están ocultos bajo una adopción porque lo que se considera nulo es el contrato en el que la mujer gestante renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.

Según el art. 177.2.2º *in fine* cuando, al hablar de la adopción, establece que *el asentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido treinta días desde el parto*; es decir, aunque se pretendiera

---

<sup>82</sup> J, CERDÁ SUBIRACHS, “La insostenible legalización de facto de la maternidad subrogada en España. A propósito de la instrucción de 5 de octubre de 2010 de la DGRN”, Abogados de Familia, N° 60, Sección Tribuna Abierta, Segundo trimestre de 2011, *Editorial LA LEY*.

<sup>83</sup> Entendiendo como mujer extranjera, a la mujer que vive, generalmente, en territorio no español. Y haciendo referencia a aquellas parejas o individuos, que no acuden a una clínica de inseminación artificial para que pongan en contacto ambas partes, la madre gestacional y los padres comitentes. Tan sólo acuden a estas clínicas para formar el embrión e inseminar a la mujer gestante, o tan sólo para inseminar a la mujer. No utilizan las clínicas de inseminación artificial como intermediarias de ambas partes para llevar a cabo una gestación por sustitución como tal.

difuminar la gestación por sustitución como si fuese un tipo de adopción nunca sería legal pactar la entrega del bebé antes de dar a luz mientras el Código Civil español señale el plazo de un mes tras el parto<sup>84</sup>. Esto sucede en los casos en que uno de los padres intencionales haya donado su material genético y pueda reclamar la paternidad biológica del nacido<sup>85</sup> y la madre gestante ceda a esa adopción, en tal caso la pareja matrimonial del padre biológico podrá adoptar a ese nacido. Tal y como aparece recogido en el Art. 176.2.2 CC, que establece: *No obstante, no se requiere propuesta cuando en el adoptando cuando se dé la circunstancia de que sea hijo del consorte del adoptante.*

En esta vía española de gestación por sustitución, mediante la *adopción exprés*, el contrato escrito no existe como sucede en los lugares en donde sí está permitido.

De esta manera, los españoles que acuden a este tipo de adopción exprés a priori tiene más ventajas respecto a una adopción internacional de un menor ya nacido. En primer lugar, la adopción internacional tiene unos costes muy elevados<sup>86</sup>, y muchos españoles no se lo pueden costear<sup>87</sup>. Por otro lado, una adopción exprés resulta más económica puesto que en principio tan sólo habría que costear los gastos médicos de todo el proceso, aunque en la práctica esto no

---

<sup>84</sup> C. PÉREZ VAQUERO, *Diez claves para conocer los vientres de alquiler*, Diciembre de 2010. Puede verse el texto completo en la siguiente dirección web:

<http://noticias.juridicas.com/articulos/00-Generalidades/201012-8941256875258.html>

<sup>85</sup> Según lo expuesto en el art. 10.3 LTRHA “*queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales*”.

<sup>86</sup> Se considera que en Europa no hay una adopción internacional en la que sus gastos totales sean inferiores a 18.000€, según el portal [adopcion.org](http://adopcion.org), aunque la media y según datos de Castilla y León, de 2011 se aproxima a los 30.000€. Por lo que son costes muy elevados que se pueden asemejar a los costes de la técnica de gestación por sustitución llevada a cabo en otros países, puesto que en España está prohibida.

<sup>87</sup> Muchos españoles no pueden costear esos elevados costes y menos sumergidos en plena crisis económica. Por lo que el número de adopciones internacionales ha descendido notablemente en los últimos años. Véase la siguiente tabla extraída del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.

2006	2007	2008	2009	2010
4.472	3.648	3.156	3.006	2.891

sucede así, porque se compensa económicamente a la madre gestante<sup>88</sup>. Aún así resulta más económico y sobre todo es un proceso más corto, temporalmente, puesto que la adopción internacional resulta un proceso largo<sup>89</sup> en comparación con la gestación por sustitución debido a que el objetivo primordial de la adopción es el interés del menor.

A mi parecer, la principal causa por la que las personas acuden a la gestación por sustitución en vez de a la adopción es, principalmente, los costes tan elevados que conlleva una adopción internacional, y en segundo puesto el largo proceso que conlleva la adopción sin asegurar que ésta se vaya a llevar a cabo. Al igual que el motivo principal por el que la sociedad española acude a una adopción exprés, y no al proceso de gestación por sustitución, es principalmente económico.

La legislación española debería modificar la legislación de la gestación por sustitución<sup>90</sup> puesto que, a mi parecer, la adopción exprés va a traer consigo más problemática con esas criaturas que nacen y puede conllevar también que se

---

<sup>88</sup> Internet es la vía donde podemos ver muchos anuncios de mujeres residentes en España dispuestas a “alquilar su vientre” a cambio de dinero. Por lo que se corrobora que en la práctica no es un hecho gratuito o solidario sino que, principalmente, la causa de gestar una criatura que tras el parto se cederá a terceras personas es económica.

Simplemente con poner en el buscador frases como “busco vientre de alquiler” o “alquiler de vientres”, aparecen portales de internet en donde se ve claramente una oferta y una demanda de gestación por sustitución, en donde en ningún momento se hace mención de los “costes” porque éstos se pactan entre las partes de manera privada (en encuentros, llamadas telefónicas, etc). En estos casos, se puede ver claramente la imagen comercializada del cuerpo de la mujer, en este caso, del vientre de la mujer.

<sup>89</sup> En este aspecto, JORGE RIZZO explicó que, en la actualidad, el trámite para adoptar un niño puede durar dos, tres años o más, otros consideran que este periodo de tiempo es mucho más breve, llegando incluso al periodo de entre 8 y 30 meses (véase: <http://www.blogbebes.com/adopcion-internacional-de-ninos/>)

El periodo de espera para la adopción nacional, en el caso de España es una espera muy larga, de una media de nueve años, mientras que la adopción internacional tiene una espera de menos tiempo. Esto se debe a la baja tasa de natalidad en España que hace que se dificulte la adopción de un menor.

<sup>90</sup> Según las palabras de la presidenta CRISTINA FERNÁNDEZ DE KIRCHNER señaló que la comisión también tratará los temas de reproducción humana asistida y de gestación por sustitución, para los casos en que la mujer esté imposibilitada para concebir, a pesar de que se le hayan practicado las técnicas posibles para hacerlo.

Y la jefa de Estado informó que se avanzará en la regulación de temas vinculados con la reproducción humana asistida, la gestación por sustitución y la adopción.

Recogido de una noticia encontrada en el siguiente enlace web:

<http://abogamdp.fullblog.com.ar/tag/gestacion/>

Es evidente que es complicado evitar el tráfico de menores y mujeres, pero con una buena legislación al respecto se podría erradicar. Lo primero es ser conscientes del problema que conlleva la gestación por sustitución e intervenir al respecto.

## *Gestación por sustitución. La situación de la mujer gestante*

---

deteriore la imagen de la mujer y que haya peligro de que se comercialice con las mujeres, tratándolas como simple mercancía.

## V. DERECHO COMPARADO

El tratamiento legal de la gestación por sustitución ofrece tres grandes opciones: desde países que prohíben esta práctica (España, como hemos visto) a otros que la regulan para determinadas situaciones (Brasil) y los que la fomentan abiertamente (India). A grandes rasgos, se puede hablar de tres enfoques jurídicos en función de si los vientres de alquiler se consideran:

- Ilegales, como el caso de España, Francia, Portugal, China, Japón o Italia.
- Legales, siempre que el contrato sea altruista, Canadá, México DF, Brasil, Bélgica, Reino Unido, Grecia, Australia u Holanda; y
- Legales (con o sin ánimo de lucro): Israel, India, Irán, Rumanía, Ucrania, Rusia, Nueva Zelanda, Sudáfrica y en parte de los Estados Unidos.

En la mayoría de los casos de los países donde la gestación por sustitución está permitida, independientemente que sea de manera altruista o no, se producen con fines lucrativos, por ello la gestación por sustitución se ha convertido en una industria millonaria en parte por los altos costes médicos (tratamientos, exámenes médicos, intermediario entre ambas partes: madre gestante y padres comitentes, servicios extras, etc.), las implicaciones legales y la recompensa que reciben las madres gestantes como pago por someterse a este proceso de reproducción. Todas estas actividades incrementan, de manera general, los costes de la gestación por sustitución aunque, como veremos, estos costes varían dependiendo de la región en donde se realice esta práctica.

En este apartado voy a hacer referencia a tres países: la India, en donde la gestación por sustitución está permitida y hay una gran demanda debido a sus bajos costes; California, en donde también está legalizada esta práctica y en

donde hay una demanda considerable, aunque sus costes sean más elevados; y Brasil donde está permitida la gestación por sustitución, aunque con unos requisitos necesarios para acceder a ella de manera legal. Haré una comparativa de los distintos países a los que hago referencia con la situación actual en España para ver las semejanzas y diferencias que hay entre ellas.

### **1) India**

La situación normativa actual de la India respecto a la gestación por sustitución es contraria a la legislación española. En la India este tipo de técnicas de reproducción están permitidas. El tener hijos para otras personas es una práctica habitual y cada vez más mujeres se unen a este “turismo reproductivo” sin conocer las posibles consecuencias<sup>91</sup> que la gestación por sustitución plantea.

El Gobierno indio estudió una propuesta del Consejo para la Investigación Médica que pondría orden a este embrollado respecto del ámbito médico,

---

<sup>91</sup> Consecuencias tales como que los padres comitentes no quieran, en pleno embarazo, seguir formando parte del proceso de gestación por sustitución ya sea por ruptura de la pareja o cualquier otra circunstancia, que nazcan más niños de los deseados, que el nacido tengan algún problema y los padres comitentes no quieran o no puedan hacerse cargo de un menor de esas características, que la madre gestante no quiera deshacerse del recién nacido, que ni la madre gestante ni los padres o individuo comitente deseen quedarse con el niño o que la madre gestante muera en el parto. En un principio, estas madres gestantes que, la gran mayoría, son mujeres pobres de zonas rurales, generalmente con niveles educativos muy bajos, que no son conscientes de todos estos problemas que pueden darse durante todo el proceso de la gestación por sustitución, e incluso tras el parto. Lo apropiado es que se les muestre el proceso tal y como es, con sus pros y sus contras, e informándolas de todas las posibles consecuencias, y sobre todo comunicarles que, de momento, no hay una ley que las ampare. Puesto que si se les oculta información sobre el proceso de la gestación por sustitución, es una manera de engañarlas. Lo cual indicaría que es contrario a lo dispuesto en la Instrucción de 5 de octubre de 2010, que como ya hemos visto, que debe “constatar 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 alcance del mismo, ni haber sido sometida a engaño, violencia o coacción o la eventual previsión y/o posterior respeto a la facultad de revocación del consentimiento o cualesquiera otros requisitos previstos en la normativa legal”. Así pues, estos menores nacidos de estas mujeres gestantes, según la normativa española, no podrían ser inscritos en el Registro Civil español, ya que es contrario a lo establecido en esta Instrucción y no garantiza la voluntariedad de la mujer gestante al sometimiento a este tipo de prácticas reproductivas. Y si ese menor no puede ser inscrito en el Registro Civil español y la madre gestante, y por tanto la que le dio a luz, tampoco se hace cargo de él, o peor aún, acaba en manos de traficantes, se vulnera por tanto, el interés superior del menor que esta Instrucción del 5 de octubre trata de proteger.

Otro tipo de problemas que acarrea la gestación por sustitución pueden encontrarse en el siguiente enlace web: <http://www.graciamedina.com/assets/Uploads/Maternidad-por-sustitucion2.pdf> llevado a cabo por Graciela Medina, que puede encontrarse en la bibliografía.

jurídico, ético y psicológico. Y desde el año 2005, India dictó una serie de normas básicas que deben seguirse en cualquier proceso médico de este tipo.

La Corte Suprema de India sostiene que el contrato de gestación por sustitución es plenamente válido según la Ley. Una de las cláusulas comunes a este tipo de contrato es que la madre gestante renuncie a todos los derechos respecto del nacido tras el parto.

De esta manera favorecen la gestación por sustitución dando todos los derechos sobre el nacido a los padres que efectúan el encargo por medio de un contrato de curso legal en India, por el cual la madre gestante renuncia al nacido, en el momento de la inseminación, perdiendo por lo tanto todo derecho sobre el pequeño durante la gestación o embarazo y tras el parto.

En ese país pueden iniciar el procedimiento de gestación por sustitución todas aquellas parejas con problemas para la gestación por medios propios<sup>92</sup>, así como aquellas personas monoparentales que deseen ser padres.

La situación en la India es la siguiente. La gestación por sustitución está creando un negocio ya no sólo en la India sino en los países en donde está permitida. Lo cual supone un beneficio para todas las partes que intervienen en este tipo de práctica.

Según la doctora NAYNA PATEL<sup>93</sup> afirma que la “maternidad subrogada” satisface los deseos de dos familias: una se llevará a casa el hijo largamente esperado; la otra, el dinero que no ganará ni en 15 años de trabajo.

Por lo que cada vez son más las parejas y las mujeres indias pobres dispuestas a firmar este trato, ya que por parte de los padres comitentes resulta más económico acudir a la India para encontrar una madre gestante y para la mujer gestante es una manera rápida de conseguir un dinero que en su situación

---

<sup>92</sup> A las parejas heterosexuales se les pide que acrediten el que la pareja no puede gestar a sus propios hijos por la razón médica que fuere.

<sup>93</sup> La doctora NAYNA PATEL, es la directora del centro hospitalario Kaival de Anand, en el Estado de Gujarat (India). En esta agencia, se realizan las intervenciones propias de la gestación por sustitución (encontrar a la candidata ideal, hacer los exámenes médicos, vigilar el embarazo y conseguir un certificado con el nombre de los padres en el parto...).

diaria no conseguiría y así ayudar a su familia a conseguir una calidad de vida un poco más digna.

Estas madres gestantes, la gran mayoría mujeres de zonas rurales empobrecidas, acuden a someterse a la gestación por sustitución de manera voluntaria, sin estar sometidas a engaño, violencia o coacción o la eventual previsión y/o posterior respeto a la facultad de revocación del consentimiento o cualesquiera otros requisitos previstos en la normativa legal, tal y como dispone la Instrucción 5 de octubre de 2010. Debido a la situación en la que se encuentran, con varios hijos (ya que no pueden someterse a esta técnica de reproducción siendo madres primerizas) a los que alimentar y dar una educación, el nivel de pobreza en el que suelen estar inmersas, es más propio hablar de “opción vital” puesto que, aunque lo realicen de manera voluntaria, están sometidas bajo la presión de esa necesidad de sacar adelante a sus familias.

A diferencia de lo que sucede en otros países como California la situación de necesidad de estas mujeres gestantes es diferente en ambos países. Mientras que en la India es más propio de una opción vital, en California es una manera de mejorar la calidad de vida puesto que no se encuentran en una situación de pobreza tal como en el caso de la India.

La mayoría de estas mujeres que se someten a este tipo de técnicas son mujeres de zonas rurales empobrecidas que si se las relacionan con la gestación por sustitución, son repudiadas en sus hogares. Por ello se les recomienda que residan en las conocidas “*boarding house*” durante el embarazo para ocultárselo a sus familias. En estos “hogares”, donde las mujeres indias se prestan a gestar hijos para terceras personas, se encuentran controladas durante todo el proceso de gestación hasta el momento del parto. Allí les realizan un seguimiento a ambos (a la madre gestante y al feto) y les procuran una alimentación, unos cuidados, un apoyo psicológico, etc. Todo lo necesario para afrontar el proceso y sus necesidades fuera del ámbito hogareño.

## *Gestación por sustitución. La situación de la mujer gestante*

---

Algunas personas consideran a estos “*boarding house*” como criaderos de bebés, lugares en donde ingresan a un grupo de mujeres, que serían rechazadas en sus aldeas por someterse a esta técnica de reproducción, y las mantienen allí esperando a que den a luz.

El primer requisito para registrar como hijos de español a un menor nacido en la India a través de gestación por sustitución en el Registro Civil es que uno de los progenitores sea de nacionalidad española, a fin de reconocer su nacimiento a efectos registrales.

La Instrucción de 5 de octubre establece, como ya hemos visto anteriormente, la necesidad de presentar ante el Registro Civil una resolución judicial de un tribunal competente en el país de origen que garantice que la gestante está en pleno uso de sus facultades en el momento de la renuncia a su maternidad y que el contrato de gestación por sustitución se ajuste a la legalidad. Esta exigencia "permitirá controlar el cumplimiento de los requisitos del contrato respecto al marco legal del país donde se ha formalizado, así como la protección de los intereses del menor y de la madre gestante" ya que la resolución judicial "permite verificar que no existe simulación en el contrato que encubra tráfico internacional de menores".

Además, la Instrucción subraya que con la intervención de un juez en el país de origen se puede "constatar 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 alcance del mismo, ni haber sido sometida a engaño, violencia o coacción o la eventual previsión y/o posterior respeto a la facultad de revocación del consentimiento o cualesquiera otros requisitos previstos en la normativa legal”.

Por ello, el Registro negará la inscripción de todas las solicitudes que no lleven adjunta la citada Resolución judicial de filiación. No obstante, en este caso

los solicitantes pueden intentar registrar al niño por los medios ordinarios regulados en el art. 10.3 LTRHA y arts. 764 y siguientes LEC.

Como documentación es necesario adjuntar: partida de nacimiento emitida por el Registro Civil con la Apostilla; contrato de subrogación; carta de renuncia de la madre subrogada; certificado del médico que ha realizado el proceso; certificado del nacimiento emitido por el hospital donde nació el bebé; carta de cómo se realizó el proceso embriológico y transferencia de embriones; pasaportes con su visado, de los padres españoles, acta notarial en inglés y compulsada que certifique el matrimonio de la madre subrogada en caso de estar casada y documentos (pasaporte) que acrediten la identidad de la madre subrogada y de su marido el día que estos sean entrevistados.

Las parejas gay lo tienen un poco más complicado para registrar a estos menores en los Registros Civiles puesto que deben atenerse a la normativa de sus países, y en caso de que la homosexualidad no tenga derechos reconocidos legalmente en sus países de origen deben presentarse como hombres solteros. Por ello, las clínicas no muestran interés alguno por el individuo o padres comitentes, lo que a mi parecer no debería darse ya que estamos hablando de menores. Al igual que en las adopciones a los padres adoptivos se les someten a varias pruebas para verificar que esos menores, en el momento en el que se adopten, van a estar bien acogidos y no hay sospechas de que acaben en manos de traficantes de seres humanos, lo mismo debe hacerse con los padres comitentes.

A las clínicas que realicen este tipo de prácticas se las deberían obligar a que sigan unos requisitos semejantes a los de la adopción para evitar que esos niños acaben en manos de mafias y haya un mayor control para garantizar el interés superior del menor.

### **2) Estados Unidos**

Parece que el primer antecedente de gestación por sustitución ocurrió en 1986 con el nacimiento de Melissa Stern. William y Elizabeth Stern contrataron a Mary Beth Whitehead para que engendrara un hijo con el espermatozoides de él, pero cuando nació la pequeña su madre biológica se negó a cederles la custodia y el asunto acabó en los tribunales de Nueva Jersey (EE.UU.) en un proceso al que la prensa de aquel entonces bautizó como *El caso de Baby M*. Aunque el órgano judicial declaró que aquel contrato de maternidad subrogada era nulo valoró cuál era la mejor opción para los intereses de la niña (teoría del interés superior del menor) y otorgó su custodia a los Stern pero reconociendo a Mary Beth el derecho a fijar un régimen de visitas.

Desde el nacimiento de *Baby M*, los tribunales estadounidenses han tenido que impartir justicia sobre esta cuestión en numerosas ocasiones y con diversos criterios entre unos Estados y otros.

Probablemente el siguiente caso más célebre fue el de *Johnson vs Calvert* de 1993; gracias al cual el Tribunal Supremo de California elaboró la llamada “teoría de la intención” para establecer la custodia de los bebés nacidos mediante este procedimiento. La justicia de EE.UU ha tejido una trama muy compleja y los diferentes Estados se han posicionado sobre los contratos de gestación por sustitución, quedando pues:

- Arizona, Utah, Nuevo México, Míchigan y Nueva York prohíben cualquier contrato de gestación por sustitución;
- Florida, Nevada y Luisiana lo considera legal siempre que sea altruista;
- Arkansas, Tennessee, Virginia o California le otorgan validez legal tanto si se pacta remuneración como si no.
- Sin olvidar que otros Estados (como Alaska o Texas) aún no se han pronunciado sobre los contratos de este tipo de técnica.

## *Gestación por sustitución. La situación de la mujer gestante*

---

Entre los Estados donde la gestación por sustitución está permitida en EE.UU el lugar donde hay una mayor demanda es California. Veamos pues la situación de California.

### *A. California*

Es uno de los Estados de EE.UU que permite la gestación por sustitución ya sea de manera altruista o no. Y permite, además de otros Estados, el acceso a este tipo de técnicas de reproducción a parejas homosexuales.

California tiene una legislación respecto a la gestación por sustitución que trata de regular todas las incidencias que puedan darse durante y tras el proceso de la gestación. En el caso de la filiación materna podría establecerse tanto a favor de la madre gestante<sup>94</sup> como de la madre comitente. Por ello, el Tribunal Superior de California estableció la maternidad respecto de la madre comitente, puesto que fue ella y no la madre gestante quién decidió tener el niño asumiendo todas las consecuencias, con independencia de que el material genético pertenezca o no a la madre comitente.

El Estado de California también cuenta con clínicas o agencias mediadoras entre ambas partes a las cuales la pareja comitente debe dar una “compensación razonable” por los gastos derivados de la gestación. Pero esto no sucede así. La pareja comitente paga un precio a la madre gestante y a la agencia normalmente superior a lo que se considera razonable. Pero a pesar de los elevados costes que tiene la gestación por sustitución en este Estado sigue teniendo una gran demanda, aunque le esté sustituyendo la India ya que, como hemos visto, los costes son menos elevados y no surgen problemas en el momento de registrar a estos menores.

---

<sup>94</sup> Según lo establecido en las secciones 7003 y 7015 CC californiano, que establece que la maternidad se determina por el hecho del parto.

## *Gestación por sustitución. La situación de la mujer gestante*

---

Una de las novedades con las que cuenta California a la hora de acceder a una gestación por sustitución es que tanto las parejas o individuo comitente como las candidatas a madres gestantes pueden cursar la solicitud *online* en las páginas web de las agencias o centros de reproducción asistida que actúan de intermediarios. Posteriormente la agencia se reúne con los padres comitentes y comienza el proceso de selección de las madres gestantes. Tras elegir candidata se reúnen ambas partes (madre gestante y padres comitentes) y comienza todo el proceso de la gestación por sustitución<sup>95</sup>.

Los contactos o relaciones entre las partes, conocido como “open surrogacy”, no son obligatorias, pero las agencias consideran que tanto el asistir a las revisiones médicas y que se dé contacto bastante continuado es un punto muy importante para reducir posibles problemas que puedan darse en el momento del parto o tras éste. Sobre todo para evitar que la madre gestante decida quedarse con el nacido debido a ese vínculo entre madre e hijo que surge durante el embarazo, evitar la sensación de vender a la criatura a personas que no conoce, etc.

El reconocimiento de la filiación no es automático requiere que la parte interesada inste el procedimiento judicial regulado en la sección 7630 (f) del California Family Code, que trata de dirigir la filiación que pueda derivar conforme con la voluntad de las partes expresada en el acuerdo. Así pues, se trata de confirmar los derechos parentales y establecer la filiación del nacido respecto de los dos miembros de la pareja comitente a partir de una sentencia que declara la filiación a su favor. Quedando por tanto extinguida la filiación que se pueda

---

<sup>95</sup> Este proceso consiste en someter a una revisión médica a la madre gestante (en algunos casos a la pareja comitente, para evitar la transmisión de enfermedades al niño y garantizar la idoneidad como padres), y se somete a la técnica de reproducción asistida seleccionada. El contacto entre padres comitentes y madre gestante no son obligatorios, pero se les recomienda, que en el caso de haberlos, formaría parte del proceso de la gestación por sustitución.

establecer de la madre gestante<sup>96</sup> y de su marido, si hubiera este. De esta manera la filiación del nacido pasaría a los padres o individuo comitente.

### **3) Brasil**

La situación producida en Brasil es una como una mezcla entre la situación que se está dando en España, donde está completamente prohibida, y en el Estado de California, donde sí que está permitida con o sin ánimo de lucro. Brasil por el contrario pertenece a uno de los países en donde la gestación por sustitución está permitida siempre que el contrato sea altruista. Por tanto, esta técnica de reproducción no acarrearía beneficios económicos al país y no estaría considerada como una actividad económica.

La Resolución CFM N° 1358/92 del Consejo Federal de Medicina en su Sección VII, permite a las clínicas, centros o servicios de reproducción humana<sup>97</sup> que puedan crear una situación de gestación por sustitución por “*donación temporaria de útero*”, cuando exista un problema médico que impida o contraindique la gestación por parte de la donante genética. La donación temporal del útero nunca tendrá carácter lucrativo o comercial.

En estos casos la madre gestante deberá pertenecer a la familia de la madre biológica en una relación de parentesco hasta de segundo grado; los demás casos estarán sujetos a evaluación del Consejo Regional de Medicina.

Esta norma posibilita que parejas homosexuales puedan beneficiarse de las técnicas de reproducción humana asistida mediante la donación del material genético reproductor.

---

<sup>96</sup> De esta manera quedaría relegado la filiación materna de la madre gestante por el hecho del parto.

## *Gestación por sustitución. La situación de la mujer gestante*

---

En Brasil existen unas 180 clínicas que trabajan con la reproducción humana asistida y, según el Consejo Federal de Medicina, todas estarán obligadas a mantener registros de sus clientes y serán responsables por el descarte del material genético no utilizado. Por lo que el control, ya no sólo hacia las madres gestantes sino hacia los padres o individuos comitentes, es más elevado que el que se produce en los casos de la India. De esta manera parece que al producirse un mayor control de la situación el interés superior del menor está más protegido. El valor comercial que se le da a esta práctica, que no se produce de manera lucrativa en otros lugares en donde si está permitida, desvanece.

A esta técnica pueden acceder todas las personas sin ser requisito el hecho de no poder gestar un hijo debido a problemas reproductivos. Por tanto no se retira de esta práctica aquellas mujeres que bien por estética, porque no tienen tiempo de llevar un embarazo o porque, sencillamente, no quieren llevar el proceso del embarazo y/o parto, El acceso abierto unido al hecho de no producirse una comercialización de la gestación por sustitución desmiente la idea de superioridad de la clase más favorecida sobre los más desfavorecidos. Por tanto, no se produce una discriminación hacia ninguna clase social. De esta manera, la gestación por sustitución si tendría ese valor humanitario que muchas personas consideran que tiene aún comercializándose con ello. Por ello, la imagen de comercialización de la mujer en estos casos en los que realmente hay una voluntariedad por parte de la mujer gestante, ya que no hay ningún tipo de beneficio económico, resulta una idea vaga.

## **VI. CRITERIOS A FAVOR Y EN CONTRA DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO**

Respecto a la gestación por sustitución hay muchos puntos de vista que establecen el posicionarse a favor o en contra de esta práctica. Otros establecen una posición intermedia entre ambas posturas enfrentadas.

En este capítulo voy a hacer referencia a aquellos aspectos de la gestación por sustitución que relacionan a la mujer gestante, que es la que me preocupa en este trabajo.

La gestación por sustitución, como ya hemos visto en su definición, es un acuerdo, un contrato que se da entre los padres o individuo comitente y la mujer gestante pudiéndose beneficiar de este acuerdo las clínicas dedicadas a esta práctica.

El primer punto al que voy a hacer mención en este capítulo es la validez de ese acuerdo entre ambas partes de esta práctica.

Una de las ideas en contra de la validez de los acuerdos de gestación por sustitución es la que considera que los vínculos que se crean durante el embarazo y el parto<sup>98</sup> impiden que la madre gestante pueda tomar una decisión completamente libre en el momento de firmar dicho acuerdo. La mujer que “ex ante” renuncia al niño que gesta a favor de otra mujer nunca debe llevar a cabo

---

<sup>98</sup> Los vínculos afectivos que se producen entre la madre gestante y el bebé durante el embarazo y en el parto, son vínculo, lazos muy fuertes. Por ello, en la inmensa mayoría de las clínicas que se dedican a llevar a cabo nacimientos a través de la gestación por sustitución, emplean un equipo psicológico y de apoyo a las madres gestantes durante todo el embarazo, para evitar que esos lazos tan fuertes que se producen en el embarazo sean motivo de que no se lleve a cabo el proceso. Al igual, que los partos que se realizan en este tipo de práctica son partos por cesárea, para evitar así el contacto de la madre gestante y el menor. Por ello, se considera que dicho acuerdo no se toma completamente libre, y quizá se haya empleado el engaño o la falta de información a estas mujeres gestantes.

una decisión plenamente voluntaria e informada. De ahí la denuncia al carácter objetivizador y no neutro desde el punto de vista de género de los acuerdos de la gestación por sustitución, así como su potencial para explotar a las mujeres de razas y clases sociales más desfavorecidas.

Desde el punto de vista contrario el considerar ineficaces estos acuerdos trivializa el rol de la voluntad en la toma de decisiones reproductivas y además contribuye a reforzar los estereotipos relativos a la imprevisibilidad de las decisiones de las mujeres y a la inevitabilidad de su destino biológico.

La posición intermedia respecto a la validez del contrato de gestación por sustitución es la de otorgar eficacia a estos acuerdos siempre que garanticen el derecho de la madre gestante a cambiar de opinión después del parto. Pero puede surgir un problema de esta situación: que el nacido sea biológicamente hijo de la pareja comitente<sup>99</sup>. Por tanto, el Derecho debería resolver cuál es la maternidad jurídicamente relevante; la maternidad genética o la gestacional.

Otro aspecto que ha tenido mucha relevancia en este tema es la voluntariedad de la mujer gestante a la hora de someterse a esta técnica.

Como ya he mencionado, la mujer gestante que, en este tipo de acuerdo, al renunciar al nacido “ex ante” a favor de otra persona no se considera un acto en el que la mujer esté completamente informada o lo realice de manera voluntaria.

Pero algunos critican a la clase política a la que acusa de “coartar la libertad de las personas” y “querer controlar todo”.

La mujer, como ser libre y plena de derecho puede someterse a este tipo de técnica de manera voluntaria siempre que la legislación se lo permita. Pero el tema de controversia es, ¿hasta qué punto estas mujeres, que cobran considerables cantidades de dinero a cambio de dar a un nacido que ellas mismas han gestado, lo hacen de manera voluntaria, sin ningún tipo de presión?

---

<sup>99</sup> E, FARNÓS AMORÓS, “Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California. Cuestiones que plantea la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009”, *InDret, Revista para el análisis del derecho*, Barcelona, enero 2010, p. 6.

En el caso de la India hablaba de opción vital. La necesidad de estas mujeres de conseguir dinero para sobrevivir, para darles una educación a sus hijos, mejorar las condiciones de la vivienda, etc. se debe considerar como un acto voluntario el acudir al proceso de gestación por sustitución o más bien es, una vez más, el empoderamiento de los más favorecidos sobre los menos afortunados.

Es permitir la instrumentalización de los más débiles a favor de los económicamente poderosos, dado que en la realidad no son extraños los casos en que la gestación por sustitución sólo tiene por móvil el dinero. Si esto es así es obvio que el nacido a través de la gestación por sustitución puede terminar convirtiéndose en algo cercano a un objeto, que además estaría dentro del comercio lo que sería absolutamente atentatoria y contraria al respeto a la dignidad humana, como lo es igualmente permitir el alquiler del cuerpo humano, el de la madre gestante<sup>100</sup>.

Por otro lado, hay casos en que su puesta en práctica se asienta en actos de altruismo o solidaridad familiar o amical.

Este punto nos lleva a tratar la comercialización de la gestación por sustitución. Otro aspecto muy tratado. Es evidente que en los países en donde esta práctica está permitida sin ningún tipo de restricciones hay una remuneración para la madre gestante. Lo cual no se debe negar el aspecto comercial de dicha práctica.

Por otro lado, hay quienes consideran que esa compensación que adquiere la madre gestante es para cubrir los gastos que el embarazo acarrea. El motivo por el que una mujer se somete a la gestación por sustitución es por solidaridad y humanismo hacia aquellas personas que no pueden tener hijos.

---

<sup>100</sup> C, LASARTE ÁLVAREZ, “La reproducción asistida y la prohibición legal de maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria”, *Diario La Ley*, Nº 7777, Sección Doctrina, 17 enero 2012, p. 10.

La cuestión está, en la mayoría de los países en donde está permitida la gestación por sustitución, en que a los padres comitentes no se les exige ninguna prueba alguna de su esterilidad o de su impedimento para tener hijos. Por tanto, esta idea de que es un acto voluntario para aquellas personas que no pueden tener hijos es, en cierta medida, falsa. Puesto que no es un requisito para que los padres comitentes puedan acceder a la gestación por sustitución.

Estamos a mi parecer en un supuesto en el que si tienes dinero para conseguir una madre gestante puedes acceder a ello. Y volvemos a la idea del sometimiento de las clases más favorecidas sobre las más desfavorecidas.

Las sofisticadas técnicas de reproducción humana asistida marcan, todavía más, las desigualdades. Según la teoría feminista crea mayor distancia entre ambos grupos, quienes deciden y los afectados por las decisiones.

Por lo que se considera que la gestación por sustitución afecta a la integridad y la dignidad humana, en general, y a la de las mujeres, en particular.

Debido a ese valor comercial que tiene, en la mayoría de los casos, se está fomentando el “turismo reproductivo”. Este debe ser considerado de orden público, pues responde a un principio fundamental, común en los países de Europa, de que no puede ser objeto de tráfico jurídico la gestación de una mujer porque esto supondría poner en el comercio una función de la mujer, tan fundamental, como es la maternidad<sup>101</sup>.

Un aspecto en el que se da una diferencia de trato irrazonable entre las mujeres que se sometan a esta práctica reproductiva es la encontrada en el art. 6.3 LTRHA.

El art. 6 trata sobre los usuarios de las técnicas de reproducción humana asistida, y en su apartado 3 establece que *si la mujer estuviera casada, se precisará, además, el consentimiento de su marido, a menos que estuvieran separados*

---

<sup>101</sup> El mismo principio jurídico que hace que, el art. 2 de la Ley 1/1982, de 5 mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen, califique de “indisponibles” los derechos de la personalidad, en cuanto inherentes a la dignidad del ser humano, en el sentido vinculante art. 10.1 CE.

*legalmente o de hecho y así conste de manera fehaciente. El consentimiento del cónyuge, prestado antes de la utilización de las técnicas, deberá reunir idénticos requisitos de expresión libre, consciente y formal.*

Según JAVIER NANCLARES VALLE<sup>102</sup>, lo que hace el art. 6.3 es imponer a los Centros Médicos la obligación de rechazar la práctica de las técnicas de reproducción asistida a aquella mujer casada que no cuente con el consentimiento del marido para así evitarle a éste la carga procesal de tener que impugnar una filiación indeseada. La protección de los intereses del marido viene así a justificar la diferencia de trato entre la usuaria casada y la usuaria soltera y a impedir que nos encontremos ante una diferencia de trato irrazonable entre las mujeres en función a su estado civil, lo que violentaría el principio de igualdad recogido por el art. 14 CE.

La imagen que se tiene de esta práctica en general es positiva porque es un avance para solventar el problema de la esterilidad o para gestar hijos. Las consecuencias de ello no son tan positivas, puesto que se trata con la maternidad. Desde el punto de vista del género la maternidad es una situación ambivalente. Uno de los argumentos del feminismo descansa en la inadecuada separación entre lo privado y lo público.

Las relaciones de poder en las relaciones afectivas es un aliciente a los problemas que puedan darse a nivel biológico, jurídico, moral y psicológico.

La combinación que se está dando de la gestación por sustitución es arriesgada, poder, dinero y maternidad. Por ello no resulta sencillo defender la prohibición ni un apoyo explícito a las prácticas de gestación por sustitución. Así pues, es mejor regularlo que ignorarlo.

Para algunos, esta práctica representa un ejemplo del sometimiento y del trato degradante hacia las mujeres, así como para los menores que se verían afectados por este tipo de transacciones. Para otros, sin embargo, lleva hasta las

---

<sup>102</sup> J, NANCLARES VALLE, “Reproducción asistida y doble maternidad por naturaleza”, *Editorial Aranzadi*, SA, Pamplona 2008, p. 3- 5.

## *Gestación por sustitución. La situación de la mujer gestante*

---

últimas consecuencias la tesis de que la maternidad es, en realidad, una construcción social, como todo lo concerniente a los géneros y a sus diferencias.

Habría que redefinir la maternidad, entre lo biológico y lo cultural. Porque ahora sí es posible separar la gestación de la tutela maternal. Aceptar la gestación bajo un contrato es algo diferente a ceder la tutela sobre los hijos. Esto cambia de alguna manera la fuerte carga simbólica y cultural que rodeaba a la maternidad.

La gestación por sustitución puede contrariar la imagen habitual y los sentimientos arraigados sobre la maternidad<sup>103</sup>.

---

<sup>103</sup> M<sup>a</sup>.T. LÓPEZ DE LA VIEJA, “Principios morales y casos prácticos”, *Editorial Tecnos*, Madrid, 2001.

## VII. CONCLUSIONES

La normativa vigente española debería modificar ya no sólo los problemas jurídicos que plantea el inscribir a los menores nacidos de gestación por sustitución en el Registro Civil español sino las posibles consecuencias del proceso de esta práctica.

La duda que surge entonces es si se debería equiparar la maternidad como fruto de la gestación por sustitución al resto de situaciones protegidas.

Un ejemplo es el reconocimiento de la prestación por maternidad, ¿se debería considerar como un supuesto de maternidad, adopción u otra figura similar?

No creo que la Instrucción de 5 de octubre de 2010 que se ha elaborado para proteger el interés superior del menor y los derechos de la madre gestante sea una buena medida para llevar a cabo estos objetivos principales.

Por una parte, al no permitir inscribir a estos menores en el Registro Civil se consideran niños apátridas, lo cual está demostrando que ese interés del menor no se está protegiendo como pide dicha Instrucción.

Por la otra parte, no hay certeza de que los derechos de la mujer gestante se estén respetando. Considero que el hecho de someterse a cualquier tipo de práctica bajo la presión de una opción vital no respeta el derecho de acceder de manera voluntaria a esta técnica. Al igual que el firmar el contrato de gestación por sustitución con anterioridad a la inseminación *in vitro* es una manera de ocultar información sobre el proceso de la gestación porque, por más que se trate de explicar las posibles vinculaciones emocionales que va a poder tener la madre

## *Gestación por sustitución. La situación de la mujer gestante*

---

gestante con el feto, no es semejante a la práctica. De ahí que los contratos se cierren con tanta anterioridad para que la madre gestante no se quede con el nacido porque así lo expresa el contrato.

La Instrucción de 5 de octubre de 2010 no es la mejor medida a tomar para garantizar el interés superior del menor y los derechos de la mujer gestante. Espero que el legislador no se demore en retomar el tema de la gestación por sustitución, que tanto revuelo está suscitando, y trate de garantizar esos objetivos que la Instrucción ha propuesto.

Desde mi punto de vista la normativa se mejoraría si se equipararan los requisitos a la adopción internacional. Así se conseguiría una mejor garantía de que el interés del menor se está protegiendo.

Al equiparar requisitos los padres o individuo comitente estarían más controlados y se evitaría que esos menores nacidos de esta práctica acabaran en manos de traficantes de seres humanos. Además al igualar los requisitos a los de la adopción internacional la gestación por sustitución no sería la vía fácil y rápida que está siendo actualmente. Pasaría a ser una opción similar a la adopción.

No hay que negar que las técnicas de reproducción humana asistida son un gran avance y procuran muchos beneficios, pero en el caso de la gestación por sustitución es una nueva forma de comercio utilizando el cuerpo de la mujer, en este caso su vientre.

En muchos casos las mujeres que deciden someterse a este tipo de técnica reproductiva lo hacen bajo la presión de una necesidad creada por la pobreza como sucede en la India. En otros casos esa pobreza quizá no sea tan extrema, pero no deja de ser una necesidad económica de estas mujeres. Por lo que nos encontramos ante una opción vital y no ante un acto de solidaridad con los padres o individuo comitente.

## *Gestación por sustitución. La situación de la mujer gestante*

---

Cierto es que la mujer tiene, como pleno sujeto de derecho, el derecho de decidir qué hacer o qué no hacer con su cuerpo siempre y cuando la ley se lo permita. Pero no accede a este tipo de técnica de manera completamente voluntaria. Algo similar a lo que sucede con la prostitución. Estas mujeres están impulsadas por esa necesidad económica y en algunos casos se añade el aliciente de la presión de los maridos que son movidos por esa necesidad.

La gestación por sustitución como se encuentra regulada en los países donde está permitida con ánimo de lucro no beneficia para nada a la mujer porque se está comercializando con sus vientres. Así pues creo que la mejor salida no sea la prohibición del contrato de gestación por sustitución sino más bien la permisibilidad de esta técnica siempre que se realice de manera altruista. De esta manera la mujer que decida someterse a las técnicas de reproducción para gestar un hijo a terceras personas no lo hará bajo ningún tipo de sometimiento y dejará de ser una opción vital porque no habrá ningún tipo de recompensa económica por tal actividad. Por lo que nos encontraríamos realmente ante un acto de solidaridad de la mujer gestante hacia los padres o individuo comitente.

Al permitir la gestación por sustitución de manera altruista no se estaría dando una situación de sometimiento de los más pudientes sobre los más vulnerables como está sucediendo en la actualidad. Todas las personas podrían acudir a la gestación por sustitución sin importar el nivel económico del que provenga y nos encontraríamos ante una situación de igualdad social.

Quizá las “adopciones exprés” no se erradicarían por completo porque ésta sería la vía rápida para conseguir el objetivo de la gestación por sustitución y se conseguiría un beneficio económico por tal actividad. Por ello debería sancionarse con penas mayores a las personas que se impliquen en estas situaciones.

## *Gestación por sustitución. La situación de la mujer gestante*

---

Sobre todo se debería de concienciar a la sociedad de que en la gestación por sustitución se está tratando con mujeres y niños que no son objeto de comercio.

## **BIBLIOGRAFÍA**

### **1. Doctrina**

ÁLVAREZ CONDE, E / FIGUERUELO BURRIEZA, A/ NUÑO GÓMEZ, L., *Estudios Interdisciplinarios sobre la Igualdad*, Madrid, 2011, pp. 654-659.

BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO, R., “La filiación inducida y las clasificaciones legales”. Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Victoria (28-IX a 2-X – 1987), en *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Madrid, 1988, pp. 120 – 121, p. 137 y 139.

CALVO CARAVACA, A.L / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Gestación por sustitución y derecho internacional privado: consideraciones en torno a la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre 2009, Vol. 1, Nº 2, pp. 294 – 319.

CALVO CARAVACA, A.L / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Notas críticas en torno a la introducción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo 2011, Vol. 3, Nº 1, pp. 247 – 262.

DELGADO ECHEVARRÍA, J., *Los consentimientos relevantes en la función asistida. En especial el determinante de la asunción de una paternidad que biológicamente no corresponde.*

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., “Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010)”, *Diario La Ley*, N° 7501, Sección Tribuna, 3 noviembre 2010.

DÍAZ ROMERO, M.R., “La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico”, *Diario La Ley*, n° 7527, Sección Doctrina, 14 de diciembre de 2010.

FARNÓS AMORÓS, E., “Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California. Cuestiones que plantea la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009”, *InDret, Revista para el análisis del derecho*, Barcelona, enero 2010.

FERNANDEZ PACHECO, M.T., “La maternidad subrogada en Norteamérica: la sentencia de Baby M”, *Revista General de Derecho y Jurisprudencia*, 5 mayo 1988, pp. 647 – 683.

FERNÁNDEZ – SANCHO TAHOSES, A.S., *Eficacia jurídico – registral del contrato de gestación subrogada*, Editorial Aranzadi, SA, Pamplona, 2011.

GARCÍA RUBIO, M.P., “La experiencia jurídica italiana en materia de fecundación asistida. Consideraciones respecto al Derecho español”, Comunicación presentada al Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia, celebrado en Cáceres del 16 al 20 de octubre de 1987, Tapia, Octubre 1987, *Número monográfico de Derecho de Familia*, n°I, p. 68.

GÓMEZ DE LA TORRE, M.C., *La filiación de los hijos nacidos de técnicas de reproducción asistida*, AC, 1993.

GÓMEZ SANCHEZ, Y., *El derecho a la reproducción humana*, Marcial Pons, Madrid, 1994.

Grupo de Trabajo constituido por en la Dirección General de los Registros y el Notariado, “Problemas civiles que plantea la Inseminación Artificial y la Fecundación *in vitro*”, Suplemento nº3/1986 al *Boletín de Información del Ministerio de Justicia* de 15 de enero.

GUERRA FLECHA, J.M., “Procreación humana asistida: aspectos técnicos, éticos y legales”, *Dilemas éticos de la medicina actual*, 11. Pp. 147 – 155.

IBÁÑEZ, C., *La ley de 22 de noviembre de 1988 sobre técnicas de reproducción asistida: consideraciones en torno a la fecundación post mortem y a la maternidad subrogada*, AC, 1988.

LASARTE ÁLVAREZ, C., “La reproducción asistida y la prohibición legal de maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria”, *Diario La Ley*, Nº 7777, Sección Doctrina, 17 enero 2012.

LÓPEZ DE LA VIEJA, M<sup>a</sup>.T., “Maternidad y contrato” en: *Principios morales y casos prácticos*, Editorial Tecnos, Madrid, 2001, pp.148 – 175.

LLAMAS POMBO, E., *Nuevos conflictos del Derecho de Familia*, Wolters Kluwer, Madrid, Febrero de 2009.

LLEDÓ YAGÜE, F / OCHOA MARIETA, C., *Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (Ley 14/2006, de 23 de mayo)*, Editorial Dykinson, S.L, Madrid, 2007.

MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ, J.M / MASSIGOGE BENEGIU, J.M., *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el derecho español*, Editorial Dykinson, Madrid, 1994.

MEDINA, G., “Maternidad por sustitución. Principales cláusulas contractuales y soluciones en la jurisprudencia francesa y norteamericana”, *LA LEY1997-C*, 1433.

MIRABENT, V / RICART, E., *Adopción y vínculo familiar: Crianza, escolaridad y adolescencia en la adopción internacional*, Ediciones Paidós Ibérica, Barcelona, 2005.

MONTÉS PENADÉS, V.L., *El consentimiento de las nuevas técnicas de reproducción humana*.

MONTÉS PENADÉS, V.L., *Genética actual y el derecho de familia*.

NANCLARES VALLE, J., *Reproducción asistida y doble maternidad por naturaleza*, Editorial Aranzadi, SA, Pamplona 2008.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derecho de familia*, Universidad de Madrid, facultad de Derecho, Sección de publicaciones, Madrid, 1989.

PÉREZ MONGE, M., *La filiación derivada de Técnicas de Reproducción Asistida*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2002.pp 322 – 328.

QUIÑONES ESCÁMEZ, A., “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada”, *Indret, Revista para el análisis del derecho*. Barcelona, julio de 2009.

SAMBRIZZI, E., *La procreación asistida y la manipulación del embrión humano*, Buenos Aires, 2001.

SILVA RUIZ, P., *El derecho de familia y la inseminación artificial in vitro*.

SILVA RUIZ, P., “Panorámica general de la fecundación humana asistida en los EE.UU”. Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987), en *La filiación del siglo XX*, Madrid, 1988, p. 92.

TORAL LARA, E., “Acciones de filiación”, en *Acciones Civiles*, T.II, La Ley, 2007 en: “Novedades en materia de determinación y prueba de la filiación” de la obra colectiva: *Nuevos conflictos del derecho de familia*, Ed. La Ley, 2009, pp. 315 – 499.

TORRALDA ERRUZ, M., “Posición adoptada por el legislador en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida en relación al contrato de gestación por sustitución”, en: F, Lledó Yagüe / A, Sánchez Sánchez / O, Monje Balmaseda. *Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del derecho de familia*, Editorial Dykinson, 2011, pp. 616 – 621.

VELA SÁNCHEZ, A.J., “La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler”, *Diario La Ley*, Nº 7608, Sección Doctrina, 11 abril 2011.

VELA SÁNCHEZ, A.J., “Propuesta de regulación de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España”, *Diario La Ley*, Nº 7621, Sección Doctrina, 3 mayo 2011.

VIDAL MARTÍNEZ, J., “Las técnicas de reproducción asistida en el derecho español” en Vidal Martínez (coord) / Benítez Ortuzar / Vega Gutiérrez *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida*, ed. Comares, Granada, 1998, p. 121.

ZABALZA, G / SCHIRO, M.V., *La maternidad subrogada y la mediatización del ser humano*, Investigación y docencia. Vol. 38, 2005.

## **2. Normativa**

California Family Code. Sección 7630 (f).

*Código Civil.*

*Código Penal.*

*Constitución Española.*

*Convenio de 29 de mayo de 1993 relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional.* Entrada en vigor el 1 de mayo de 1995. Puede encontrarse en el siguiente enlace web: <http://www.hcch.net/upload/conventions/txt33es.pdf>

Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil.

Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. BOE. Núm. 243 de 7 de octubre 2010.

Instrumento de Ratificación de 30 de noviembre de 1990 de la Convención de 20 de noviembre de 1989 sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil.

Ley 18/1990 de 17 de diciembre 1990, sobre reforma del Código Civil, en materia de nacionalidad.

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio.

Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica.

Resolución del Consejo Federal de Medicina, nº 1358/92, sección VII.

### **3. Decisiones consultadas**

Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009.

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia Nº 15 de Valencia, de 15 de septiembre 2010, proc. 188/2010.

Sent. AP de Valencia, Sección 10ª, de 23 noviembre 2011, Rec. 949/2011.

### **4. Enlaces web**

*Adopción Internacional de niños.*

<http://www.blogbebes.com/adopcion-internacional-de-ninos/>

*Atrapados en India con su hija de 'vientre de alquiler'.* El País, julio 2012.

[http://sociedad.elpais.com/sociedad/2012/07/01/actualidad/1341167968\\_419291.html](http://sociedad.elpais.com/sociedad/2012/07/01/actualidad/1341167968_419291.html)

Boletín Oficial del Estado.

[www.boe.es](http://www.boe.es)

Cooperativa.cl. *Brasil aprobó norma que permite a homosexuales acceder a reproducción asistida.* Enero 2011.

[http://www.cooperativa.cl/brasil-aprobo-norma-que-permite-a-homosexuales-acceder-a-reproduccion-asistida/prontus\\_notas/2011-01-06/110253.html](http://www.cooperativa.cl/brasil-aprobo-norma-que-permite-a-homosexuales-acceder-a-reproduccion-asistida/prontus_notas/2011-01-06/110253.html)

*Breve aproximación en torno a la problemática de la maternidad subrogada.*

María Eleonora Cano

<http://www.revistapersona.com.ar/cano.htm>

El notario del siglo XXI. *¿Se ha legalizado o no el alquiler de vientres?.* Revista online del Colegio Notarial de Madrid. Revista N° 34. Julio – agosto, 2012 / N° 44.

[http://www.elnotario.com/egest/noticia.php?id=2430&seccion\\_ver=3](http://www.elnotario.com/egest/noticia.php?id=2430&seccion_ver=3)

El rincón del abogado. *Sobre el contrato de arrendamiento de vientres y la necesidad de su regulación legal.*

## *Gestación por sustitución. La situación de la mujer gestante*

---

<http://rincondelboga.blogspot.com.es/2010/09/sobre-el-contrato-de-arrendamiento-de.html>

El útero de Marita. *Escándalo de los vientres de alquiler*. 2006.

<http://utero.pe/2006/12/15/vientres-de-alquiler>

*Entrevista sobre la gestación por sustitución*. La Tribuna del derecho, 24 julio 2009.

<http://www.am-abogados.com/blog/entrevista-sobre-la-gestacion-por-sustitucion/2028/>

*Historia clásica. 2000 años después y tanto por descubrir*.

<http://www.historiaclasica.com/2007/05/el-codigo-de-hammurabi.html>

*Indian Council of Medical Research (ICMR)* (Consejo Indio para la Investigación Médica).

<http://icmr.nic.in/index.html>

Leyes españolas recogidas en el apartado de “normativa consultada” consultadas en la siguiente página web: <http://noticias.juridicas.com/>

*Madres subrogadas. Vientres de alquiler*. Mayo 2011.

<http://es.scribd.com/doc/57061831/Maternidad-Subrogada>

*Madres sustitutivas de la India*.

<http://www.youtube.com/watch?v=jtzUONt6Dhg>

## *Gestación por sustitución. La situación de la mujer gestante*

---

*Maternidad por sustitución. Principales cláusulas contractuales y soluciones en la jurisprudencia francesa y norteamericana.* Graciela Medina. LA LEY 1997-C, 1433.

<http://www.gracielamedina.com/assets/Uploads/Maternidad-por-sustitucion2.pdf>

*Maternidad subrogada en Rusia y en el mundo.*

<http://surrogacy.ru/es/history.php>

*Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.*

[www.msc.es](http://www.msc.es)

*Ministerio de Justicia.*

[www.mjusticia.gob.es](http://www.mjusticia.gob.es)

Oficina del alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

<http://www.ohchr.org/SP/Pages/WelcomePage.aspx>

*Reconocen la prestación por maternidad a una madre por subrogación.* Mayo 2012.

<http://www.unomasenlafamilia.com/reconocen-prestacion-maternidad-madre-subrogacion.html>

*Telam. Una investigación derriba los mitos sobre la gestación por sustitución.*

<http://www.telam.com.ar/nota/25648/>

*Una niña considerada apátrida en la India.* Junio 2012.

<http://www.unomasenlafamilia.com/nina-considerada-apatrida-india.html>

## *Gestación por sustitución. La situación de la mujer gestante*

---

*Ventre de alquiler. Fertility consulting.*

<http://www.ventredealquiler.com/>