



**VNiVERSiDAD
D SALAMANCA**

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL

TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

Departamento: Derecho Privado

Área de conocimiento: Derecho Civil

Curso 2015/2016

**ANÁLISIS CRÍTICO SOBRE LA
PROHIBICIÓN LEGAL DE LA
MATERNIDAD SUBROGADA EN
ESPAÑA**

Nombre del/la estudiante: Rebeca Rivera Novoa

Tutor/a: Dra. D^a Felisa María Corvo López

Junio de 2016

TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

Departamento: Derecho Privado

Área de conocimiento: Derecho Civil

**ANÁLISIS CRÍTICO SOBRE LA
PROHIBICIÓN LEGAL DE LA
MATERNIDAD SUBROGADA EN
ESPAÑA**

**SURROGACY: CRITICAL ANALYSIS
OF LEGAL PROHIBITION IN SPAIN**

RESUMEN (15 líneas)

La celebración de contratos de maternidad subrogada representa un fenómeno creciente en la actualidad. Tales contratos son nulos de pleno derecho en nuestro Ordenamiento jurídico, lo que hace que los ciudadanos españoles acudan a otros Estados en que sí están permitidos, los celebren y regresen a España con niños nacidos mediante este tipo de procedimientos. El trabajo tiene por objeto estudiar los problemas que se plantean cuando estos padres comitentes pretenden inscribir en el Registro civil español la filiación de esos niños, la cual da lugar a diversos problemas en el ámbito estatal, pues el interés superior del menor puede verse vulnerado si su filiación queda indeterminada.

PALABRAS CLAVE (entre 3 y 6): filiación, maternidad subrogada, Derecho comparado.

ABSTRACT

Nowadays surrogacy contracts are an increasing event but they are void under law in our legal system. This is the reason why a lot of Spanish citizens go to other States in which surrogacy is allowed and then they go back to Spain with babies born with this method. The aim of this study is to examine the problems that arise in the sphere of the State when those parents claim to register their sons in the Spanish Civil Registry since, if the filiation remains indeterminate, minors' interest will be damaged.

KEYWORDS: filiation, surrogacy, comparative law.

Nombre del/la estudiante: Rebeca Rivera Novoa

e-mail del/a estudiante: rebecarivera@usal.es

Tutor/a: Dra. D^a Felisa María Corvo López

*“¡Triste época la nuestra!
Es más fácil desintegrar un átomo, que un prejuicio”.*

Albert Einstein (1879 – 1955)

ÍNDICE

ABREVIATURAS	7
INTRODUCCIÓN	8
1. ¿QUÉ ES LA MATERNIDAD SUBROGADA?	10
2. DERECHO COMPARADO. ADMISIÓN DE LA FIGURA EN ALGUNOS ORDENAMIENTOS	12
2.1. Estados Unidos: California	12
2.2. Georgia.....	15
2.3. Grecia.....	16
2.4. India	18
2.5. México	20
2.6. Portugal.....	23
2.7. Reino Unido.....	23
2.8. Rusia	26
2.9. Ucrania.....	29
3. EL RECHAZO DE LA FIGURA EN ESPAÑA	31
3.1. Normativa	31
3.1.1. Ley 4/2006 de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida	31
3.1.2. Artículos 220 y 221 del Código Penal.....	34
3.2. Problemática de la maternidad subrogada	34
3.2.1. Dificultades para la inscripción de un nacido por vientre de alquiler	34
3.2.1.1. RDGRN de 18 de febrero de 2009.....	35
3.2.1.2. 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	36

3.2.1.3. TS (Sala de lo Civil), sentencia núm. 835/2013 de 6 de febrero (RJ 2014\833).....	39
3.2.2. Una posible solución al problema: La iniciativa legislativa popular de la Asociación por la Gestación Subrogada en España	44
3.2.3. Un problema añadido: ¿podrá solicitar una baja por maternidad aquella persona que no ha dado a luz a su hijo, el cual ha sido gestado en un vientre de alquiler?	46
CONCLUSIONES	48
BIBLIOGRAFÍA	50

ABREVIATURAS

AP	Audiencia Provincial
Art.	Artículo
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
CEDH	Convención Europea de Derechos Humanos
DGRN	Dirección General de los Registros y el Notariado
FJ	Fundamento Jurídico
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LGTB	Lesbianas, Gays, Bisexuales y personas Transgénero
LTRHA	Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida
RDGRN	Resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado
SJPI	Sentencia del Juzgado de Primera Instancia
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TS	Tribunal Supremo

INTRODUCCIÓN

En la actualidad, no son pocas las parejas que, a fin de poder tener un hijo, acuden en el extranjero a una figura prohibida en nuestro Ordenamiento jurídico: la maternidad subrogada. Los problemas surgen cuando dichos padres comitentes pretenden inscribir en el Registro civil como propios los niños nacidos mediante este procedimiento y pretenden, incluso, solicitar una baja por maternidad. En nuestro trabajo, pretendemos analizar cómo han sido abordados estos problemas por la DGRN y por nuestra Jurisprudencia.

La actualidad del tema es evidente a la vista de la reciente jurisprudencia dictada no sólo por nuestro TS sino también por el TEDH y el TJUE y la reciente reforma de un Ordenamiento vecino –el portugués– y hace que nos planteemos si sería conveniente regular la figura en España.

Sobre esta base, hemos estructurado nuestro trabajo en tres capítulos. Tras explicar qué es la gestación subrogada y referirnos brevemente al convenio de gestación subrogada y a las partes intervinientes en el mismo, llevamos a cabo un estudio de Derecho comparado a fin de precisar en qué Ordenamientos jurídicos se permite la celebración de tales contratos y en qué términos. Las cuestiones que nos parecen más relevantes son: los requisitos y limitaciones en relación a la madre gestante, los padres intencionales; la gratuidad u onerosidad del contrato; o la posibilidad de que personas extranjeras contraten este tipo de procedimiento. En este sentido nos referiremos, entre otros, al californiano o el ucraniano.

Seguidamente nos centraremos en el estudio del Derecho español, caracterizado por el rechazo a esta figura (art. 10 LTRHA, arts. 220 y 221 del Código Penal). Llegados a este punto, analizaremos detenidamente la jurisprudencia dictada en relación a la problemática de la inscripción de los nacimientos de niños cuando sus padres han acudido a la figura de la maternidad subrogada en el extranjero. Tratando de seguir un orden cronológico, partiremos de la RDGRN de 18 de febrero de 2009, prestaremos especial atención a las directrices establecidas por la 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, y, como no, a la STS 835/2013 de 6 de febrero y a los posteriores pronunciamientos del TEDH dictados en relación a casos producidos fuera de nuestro país pero con idéntico sustrato. Ante la necesidad de aportar

una posible solución, concluiremos este capítulo haciendo referencia a la Iniciativa Legislativa Popular de la Asociación por la Gestación Subrogada en España.

Finalmente nos referiremos a otro problema que puede surgir: ¿puede la madre intencional solicitar una baja por maternidad?

1. ¿QUÉ ES LA MATERNIDAD SUBROGADA?

La maternidad subrogada¹ se define como “un supuesto especial de reproducción humana asistida –en pleno proceso de expansión– por el cual una mujer, mediante contraprestación o sin ella, se compromete a gestar un bebé –concebido a través de técnicas de reproducción asistida– para que otra u otras personas puedan ser padres biológicos o no”². Se trata, entonces, de un proceso en el cual una mujer –denominada madre sustituta– gesta un niño para el beneficio de otra mujer, hombre, pareja o matrimonio, heterosexual u homosexual³. Otros autores llaman maternidad subrogada, gestación por sustitución o alquiler de útero al “acto reproductor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que figura como madre de éste”⁴.

El contrato de maternidad subrogada, por su parte, puede definirse como “aquel “contrato oneroso o gratuito, por el cual una mujer aporta únicamente la gestación, o también su óvulo, comprometiéndose a entregar el nacido a los comitentes (una persona o pareja, casada o no), que podrán aportar o no sus gametos; en este último caso, los gametos procederán de donante (masculino y/o femenino)”⁵. Desde el punto de vista de la pareja comitente, se dice que la maternidad subrogada “implica el alquiler de las funciones reproductivas o del organismo de la mujer y la renuncia de sus derechos como madre biológica a favor de la pareja contratante, ora en función del propio contrato de gestación, ora en virtud de la adopción del niño por parte de la mujer o de la pareja contratante”⁶.

A la vista de tales definiciones doctrinales, cabe señalar que: a) en el contrato de gestación subrogada intervienen, por una parte, el comitente/s o padre/s o madre/s intencional/es –aquellos que “encargan” la gestación de un hijo para sí–, y por otra parte, la madre portadora –aquella que acepta gestar en su útero a un niño para otras personas–

¹ Esta figura también suele denominarse alquiler de vientre, gestación por cuenta ajena, gestación por sustitución, gestación subrogada, madre portadora, maternidad sustituta, madres de alquiler, madre portadoras o vientres de alquiler.

² VELA SÁNCHEZ, A. J., *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*, Comares, Granada, 2012, pág. 13.

³ *Ibidem*, pág. 13.

⁴ Es el caso, por ejemplo, de GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *El derecho a la reproducción humana*, Marcial Pons, Madrid 1994, pág. 136.

⁵ VELA SÁNCHEZ, A. J., *La maternidad subrogada...*, *op. cit.*, págs. 14 y 15.

⁶ *Ibidem*, pág. 15.

; b) el contrato de gestación subrogada puede ser gratuito u oneroso; b) la madre gestante cede sus derechos sobre el futuro bebé al comitente/s; c) quien es padre o madre intencional puede hacer, o no, una aportación parcial o total de gametos.

2. DERECHO COMPARADO. ADMISIÓN DE LA FIGURA EN ALGUNOS ORDENAMIENTOS

2.1. Estados Unidos: California

El camino hacia la admisión de la figura objeto de estudio en EEUU se inició hace ya más de cuatro décadas. Tras la publicación, en 1975, del primer anuncio en prensa en que una pareja estéril solicitaba una mujer para ser inseminada artificialmente, a cambio de la correspondiente remuneración⁷, se sucedieron numerosos anuncios tanto de mujeres que se ofrecían como madres portadoras, como de personas interesadas en contratar este procedimiento para tener un hijo, poniendo en evidencia la existencia de una importante demanda. Ante esta situación, comenzaron a proliferar agencias dedicadas a poner en contacto a madres portadoras con personas interesadas en tener un hijo por el aludido procedimiento.

En enero de 1981 y junio de 1982, los Procuradores Generales de los Estados de Kentucky y Kansas respectivamente, se mostraron claramente contrarios a la legalidad de los contratos de gestación subrogada, justificaban su postura en la existencia de una “Ley que veda el consentimiento para el convenio de adopción antes del nacimiento de la criatura”⁸ y en el hecho de que el pago de dinero como remuneración por la adopción de un menor entraña una compraventa de niños. En el ámbito jurisprudencial, el Tribunal Supremo del Estado de Nueva Jersey en el caso *Baby M.* núm. A-39 1988 NJ, por su parte, declaró nulo el contrato de gestación por sustitución al entender que vulneraba “la legislación y la política pública estatal”; argumentaba el tribunal, entre otras cosas que: a) la utilización de dinero da lugar a que lo que tenga lugar sea la compra de un niño; b) la renuncia a todo derecho, deber y responsabilidad sobre el bebé es nula por no cumplir todos los requisitos legalmente establecidos. El tribunal terminó concediendo la custodia al padre biológico del bebé, fijando derechos de visita para la que fue madre portadora. Como consecuencia de este asunto, en los años ochenta, se sintió en Estados Unidos la necesidad de regular las situaciones que derivaban, y derivan, de los contratos de subrogación; el debate en relación a la aceptación o no del pago de un precio por este

⁷ VIDAL MARTÍNEZ, J., “Las nuevas formas de reproducción humana ante el Derecho Civil: Introducción y panorama general”, *Revista General de Derecho*, 1986, pág. 3710.

⁸ MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M., y MASSIGOGUE BENEIGU, J.M., *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho Español*, Dykinson, Madrid, 1994, pág. 39.

servicio –que, según algunos, podría transformarlo en una compraventa de niños– estaba abierto⁹.

En la actualidad, sin embargo, no existe en los Estados Unidos de América una legislación unitaria en materia de maternidad subrogada. En no pocos Estados (por ejemplo Arkansas, Delaware, Tennessee o Washington), la ley contempla tanto los contratos de subrogación comercial como los altruistas, facilitando así el reconocimiento de los futuros padres como padres legales y verdaderos; ahora bien, de los Estados que permiten la subrogación, sólo unos pocos contemplan a las parejas heterosexuales casadas (por ejemplo California). En otros Estados, como Arizona, Columbia, Luisiana, Michigan o Nueva York, se prohíben terminantemente los contratos de gestación por sustitución. Finalmente, encontramos un tercer grupo de Estados, en los no existe siquiera legislación al respecto, siendo la jurisprudencia la que se ha mostrado favorable o ha rechazado, en su caso, este tipo de gestación. En Alaska, Carolina del Norte, Carolina del Sur, Colorado, Georgia, Hawái, Idaho, Iowa, Maine, Massachusetts, Minnesota, Mississippi, Nuevo México, Oregón, Vermont o Wyoming, los tribunales suelen fallar a favor. En Kansas u Oklahoma, en cambio, suelen oponerse a los contratos de alquiler de vientre¹⁰.

Pero es concretamente la admisión de la figura de la maternidad subrogada en el Estado de California la que nos interesa y en la que centraremos nuestra atención. California no cuenta con una legislación específica en materia de gestación por sustitución; sin embargo, está permitida “incluso con fines comerciales, si la madre gestante reside en el mismo”¹¹.

Para justificar este reconocimiento de la figura en California hemos de dirigirnos al *case law*, a la jurisprudencia de su Tribunal Supremo, que establece los derechos de las partes y según el cual “los derechos de los padres subrogantes deben prevalecer siempre sobre la madre natural, que en ningún caso puede revocar el contrato”¹².

En lo relativo al procedimiento para establecer la filiación de los nacidos por vientre de alquiler en California, según FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOSES “el momento clave se produce a los ocho meses de embarazo”, pues en ese momento el juez

⁹ *Ibidem*, págs. 40 a 43.

¹⁰ ÁLVAREZ, A., “Gestación subrogada en Estados Unidos”, *Babygest*, 2016, en <http://www.babygest.es/estados-unidos/> consultado el 6 de abril de 2016.

¹¹ FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOSES, A.S., “Eficacia Jurídico-Registral del contrato de gestación subrogada”, *Aranzadi Doctrinal*, 2011, pág. 129. (BIB 2011\1357).

¹² *Ibidem*, pág. 132.

de familia declara formalmente a los comitentes como padres del bebé que va a nacer, los cuales posteriormente aparecerán como tales en el certificado de nacimiento. En este proceso comparecerán el ginecólogo que, en su momento, practicó la fecundación in vitro a la madre portadora, la agencia que seleccionó a la misma, y, lógicamente, los futuros padres. Así pues, para que los padres intencionales sean considerados legalmente como tales, una vez celebrado el contrato de alquiler del vientre, deben instar el procedimiento judicial correspondiente para determinar la filiación de ese futuro hijo conforme con la voluntad de las partes (*intention*) expresada en el acuerdo. Este procedimiento, (regulado en la Sección 7630 del *California Family Code*); “dirigido a confirmar los derechos parentales, pretende establecer la filiación del nacido respecto de los dos miembros de la pareja comitente a partir de una sentencia (*pre-birth judgement*) que declara la filiación a su favor (*sec. 7633 Cal. Fam. Code*). Con este procedimiento, se extingue además la filiación que pudiera establecerse respecto de la madre subrogada y de su marido en el caso de que estuviera casada¹³. El reconocimiento de la filiación, por tanto, no es automático.

Respecto a los casos de maternidad subrogada del Estado de California podemos traer a colación, por ejemplo, el caso de una viuda de 29 años, madre de 3 hijos, que gestó un hijo para un matrimonio sin extenderse ningún documento relativo a la subrogación. La madre portadora fue inseminada por fecundación artificial, pero, tras dar a luz, se negó a entregar el bebé. La mujer fue demandada por el padre biológico; finalmente llegaron a un acuerdo en virtud del cual la madre de alquiler se quedaba con el bebé, y el padre biológico figuraría como tal en la partida de nacimiento, pese a no tener derecho o deber alguno sobre ese hijo¹⁴. Especialmente interesante resulta otro caso de 1998 en el que el embrión que se implantó a la madre portadora estaba formado por gametos de donantes anónimos, por lo que las posibles personas a ser consideradas como padres de ese futuro hijo aumentaron; el tribunal terminó considerando como padres legales a los padres intencionales¹⁵. Por último, nos referiremos a otro caso que se planteó en el año 2006, cuya peculiaridad reside en que los padres intencionales eran una pareja de lesbianas: se trataba entonces de madres intencionales, y las mismas fueron consideradas como madres

¹³ FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, A.S., “Eficacia Jurídico-Registral...”, *op., cit.*, pág. 133.

¹⁴ MARTÍNEZ VAL, J.M., “Biojurídica: Realidad y horizontes”, *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, Revista Jurídica General*, 1986.

¹⁵ ÁLVAREZ, N., “Gestación subrogada en Estados Unidos”, *Babygest*, 2016. En <http://www.babygest.es/estados-unidos/> consultado el 13 de mayo de 2016.

a efectos legales, lo cual podría ser aplicable a cualquier miembro de la comunidad LGBT¹⁶.

2.2. Georgia

La gestación subrogada está permitida legalmente en Georgia desde 1997, año en que se aprueba la Ley de Georgia Sobre Protección de la Salud (*საქართველოს კანონი ჯანმრთელობის დაცვის შესახებ*)¹⁷, que regula y limita este tema.

Son concretamente los arts. 143 y 144 de la Ley georgiana sobre Protección de la Salud los que hacen referencia a la gestación subrogada y al procedimiento para establecer la filiación de los nacidos por vientre de alquiler. Así el art. 143.1 permite la fecundación in vitro, añadiendo en su apartado b) que *“Si una mujer no tiene útero se permitirá la gestación subrogada, con el propósito de conseguir la evolución y el crecimiento del embrión obtenido como resultado de su transferencia al útero de otra mujer, denominada «mujer gestante».* Añade el precepto la exigencia de un consentimiento escrito por parte de la pareja que contrate el servicio, es decir, un acuerdo de subrogación, a partir del cual podrá tener lugar el registro del recién nacido como hijo de éstos. Tras estos trámites los padres legales podrán regresar a su país de origen con su hijo.

Según el apartado segundo del art. 143, la gestante sustituta no ostenta derecho alguno sobre el niño, pues ni tan siquiera aparecerá en el certificado de nacimiento, y, como acabamos de decir, serán los padres comitentes o intencionales los que constarán como padres legales de ese niño en el certificado de nacimiento, para lo cual no precisarán de ningún tipo de consentimiento o autorización de la madre sustituta. Esto último marca la diferencia con otros muchos Estados en que se permite la gestación subrogada, y es que mayoritariamente se exige la renuncia previa de la madre sustituta al recién nacido para que la custodia pase de manera absoluta a los padres intencionales¹⁸.

El hándicap que podríamos encontrar en cuanto a Georgia es el de que únicamente pueden llevar a cabo un procedimiento de este tipo parejas heterosexuales, que además deberán estar casadas. No podrán llevar a cabo el procedimiento en este país, por

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ La Ley de Georgia sobre Protección de la Salud está redactada en georgiano, lengua oficial del país. En http://ssa.gov.ge/files/01_GEO/KANONMDEBLOBA/Sakanonmdeblo/30.pdf consultado el 8 de abril de 2016. Traducido en MIRET, C., “Gestación subrogada en Georgia”, Babygest, 2016. En <http://www.babygest.es/georgia/> consultado el 13 de mayo de 2016.

¹⁸ MIRET, C., “Gestación subrogada en...”, *op., cit.*

consiguiente, ni los padres o madres solteros, ni tampoco las parejas homosexuales, dado que no está legalmente permitido en su Ordenamiento jurídico el matrimonio entre personas del mismo sexo.

Así mismo hay que tener en consideración que aunque España mantiene relaciones diplomáticas con la República de Georgia desde 1992, y, a pesar de que Georgia tenga una representación diplomática en Madrid desde 2005, carecemos de embajada residente en Tiflis (capital de Georgia), por lo que no se podría llevar la inscripción del recién nacido en este país, lo cual complica las cosas en cierto modo¹⁹.

Una cuestión sociológica a tener en cuenta es la de que Georgia es un Estado altamente influenciado por la Iglesia ortodoxa, lo cual hace que este tipo de acuerdos o servicios, por los que una mujer trae al mundo un bebé para otra pareja, no estén del todo bien vistos.

Por lo que se refiere a los casos de maternidad subrogada en Georgia, cabe mencionar uno que tuvo lugar en 2015. Se trata del caso de Asier, el hijo de la primera pareja española en llevar a cabo un tratamiento de gestación subrogada en Georgia, la cual recurrió a la embajada española en Turquía, pues, como hemos indicado anteriormente, España carece de sede diplomática en Georgia²⁰. En este caso, la madre intencional tenía una malformación en el útero que le impedía tener hijos, de modo que se cumplieran los requisitos exigidos por la Ley georgiana para poder llevar a cabo un contrato de gestación subrogada.

2.3. Grecia

En Grecia, la gestación subrogada se permitió inicialmente única y exclusivamente para sus nacionales. Sin embargo, desde julio de 2014 se permite también para los extranjeros²¹.

¹⁹ Datos extraídos de la ficha del país de Georgia de la Oficina de Información Diplomática del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación. En http://www.exteriores.gob.es/documents/fichaspais/georgia_ficha%20pais.pdf consultado el 8 de abril de 2016.

²⁰ BUSTILLO, V., “El vientre de la vida estaba en Tiflis”, *El Mundo*. En <http://www.elmundo.es/cronica/2015/07/26/55b37bea268e3ed4258b4572.html> consultado el 8 de abril de 2016.

²¹ RODRIGO, A., “Gestación subrogada en Grecia”, *Babygest*, 2015. En <http://www.babygest.es/estados-unidos/> consultado el 9 de abril de 2016.

Se encuentra regulada en las leyes 3089/2002 y 3305/2005 y en el art. 1458 del Código Civil griego²², que otorga efectos legales a la maternidad subrogada si la misma se lleva a cabo con las condiciones expresadas en el art. 1 de la Ley 3089/2002, según el cual: *“La transferencia de un óvulo fertilizado a otra mujer y su embarazo deberá ser permitida por autorización judicial expedida antes de la transferencia, la cual será dada previo acuerdo escrito y sin beneficios económicos entre las partes implicadas. La autorización judicial será expedida y seguida de un escrito presentado por la mujer que quiere tener un hijo en el que conste evidencia que demuestre no sólo que ella es medicamente incapaz de concebir un hijo, sino también que la gestante goza de buena salud y es capaz de concebir”*²³. La gestación subrogada se permite, por tanto, previa resolución judicial, que resultará favorable siempre y cuando se acredite: 1) que la madre intencional es incapaz para llevar a cabo gestación alguna y que no supera la edad de 50 años; 2) que la gestante subrogada se encuentra en un buen estado de salud, tanto física como psíquica, y tiene capacidad para gestar; 3) que ambas partes han celebrado un acuerdo de subrogación por escrito, en el cual únicamente se establezca la compensación económica por los gastos ocasionados por el embarazo, pues el pago por el “alquiler del vientre” o cualquier beneficio económico para la gestante están prohibidos. Además, en caso de que la madre subrogada esté casada, el marido también tendrá que ser parte en el acuerdo de subrogación, pues ha de prestar su consentimiento. Así, los padres comitentes pasarán a ser padres legales del niño tras su nacimiento, pues el Código Civil griego contiene una presunción de maternidad a favor de la madre intencional.

No obstante, y en base a lo dispuesto por el art. 1464 del Código Civil griego, la madre gestante podrá reclamar para sí la maternidad del bebé hasta transcurridos 6 meses del nacimiento de éste en caso de que biológicamente sea hijo suyo (por haber aportado la subrogada sus propios óvulos). Se trata entonces de una impugnación de la filiación de ese hijo, que, en las mismas circunstancias, podría llevar a cabo la madre intencional. Si concurre una situación de este tipo la gestante subrogada pasará a ser madre legal, y lo será con efectos retroactivos al momento del nacimiento del hijo²⁴.

²² *Gaceta Oficial de la República Helénica nº 237, de 23 de diciembre de 2002*, citado en FARNÓS AMORÓS, E., “Inscripción en España de la Filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California”, *Revista Para el Análisis del Derecho*, 2010, pág. 21. En http://www.indret.com/pdf/711_es.pdf consultado el 9 de abril de 2016.

²³ LAMM, E., “Gestación por sustitución. Realidad y Derecho”, *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, 2012, pág. 14. En http://www.indret.com/pdf/909_es.pdf consultado el 9 de abril de 2016.

²⁴ *Ibidem*, pág. 14.

Al igual que sucede en Georgia, En Grecia encontramos el hándicap de que este procedimiento no puede ser llevado a cabo por las parejas de personas del mismo sexo, pues no está previsto en su Ordenamiento jurídico el matrimonio entre personas del mismo sexo, aunque sí se prevea la unión civil de las mismas. Tampoco pueden llevar a cabo este procedimiento hombres solteros, lo cual marca una diferencia con las mujeres solteras, que sí pueden ser madres a través de la gestación por sustitución.

Respecto de los casos de maternidad subrogada en el país heleno no podemos hacer referencia a ningún supuesto de padres intencionales españoles, pues a día de hoy ningún nacional ha llevado a cabo este proceso en Grecia. No obstante podemos hacer referencia a una noticia publicada el 14 de diciembre de 2015, en que se da a conocer que una sentencia de un juzgado griego ha autorizado la gestación subrogada para una pareja española afincada en Grecia²⁵.

2.4. India

La gestación subrogada es también legal en la India; lo que se prohíbe en este país es el “turismo de vientres de alquiler”, es decir, que los extranjeros que viajan a este país para poder ser padres a través de este procedimiento entren en él como turistas. Así las cosas, esos futuros padres intencionales tendrían que solicitar un visado médico especial, visado que únicamente es concedido a parejas heterosexuales, que además han de estar casadas (volvemos a encontrar el hándicap que imposibilita llevar a cabo el procedimiento a parejas homosexuales o a solteros/as), desde hace al menos dos años. Además del visado, se exige: a) una declaración jurada de los padres intencionales por la cual se comprometen a cuidar a su futuro hijo; b) un contrato de gestación subrogada entre los padres comitentes y la madre gestante; c) una prueba de que el proceso ha sido llevado a cabo en una clínica de reproducción asistida registrada y reconocida; y, d) la confirmación por parte de la clínica de que la gestante ha recibido la compensación contratada por los servicios realizados²⁶.

La facilidad para llevar a cabo un proceso de gestación subrogada en la India hizo que este país se convirtiera en la “capital mundial de los vientres de alquiler” en el año 2012. Los datos de la Confederación de la Industria India reflejan que “el comercio de la

²⁵ “Grecia aprueba por primera vez un «vientre de alquiler» a favor de una pareja española”, *ABC*, 2015. En http://www.abc.es/sociedad/abci-juez-griego-primeroprobar-vientre-alquiler-favor-pareja-espanola-201512141802_noticia.html consultado el 9 de abril de 2016.

²⁶ RODRIGO, A., “Gestación subrogada en India”, *Babygest*, 2015. En <http://www.babygest.es/india/> consultado el 9 de abril de 2016.

gestación subrogada creció alrededor de 2,3 millones de dólares” en 2012²⁷. Pero tales cifras obedecían no sólo a la facilidad de trámites; obedecían también a que los costes que supone llevar a cabo el proceso en este país, son muy inferiores si los comparamos con otros Estados²⁸. A pesar de todo esto, en la actualidad la India no representa un destino para padres intencionales españoles, pues se exige que la maternidad subrogada se encuentre reconocida por el Estado de procedencia de los padres intencionales; hasta 2015 los extranjeros estaban obligados a presentar una carta de su Embajada en que se acreditase el reconocimiento de la gestación subrogada en su Estado de origen; en octubre de 2015 el Gobierno indio manifestó su intención de reformar la ley para así prohibir estos procedimientos a los extranjeros.

Si centramos nuestra atención en los casos de maternidad subrogada que se han llevado a cabo en la India sorprende particularmente, el de dos bebés mellizos de padres españoles nacidos en la India mediante un vientre de alquiler en julio de 2013, en que la Policía hindú se negó a sellar los pasaportes de los niños, que legalmente figuraban como hijos de los padres intencionales, “aduciendo que faltaba un documento del consulado en el que se reconociera el método por el que habían nacido los pequeños”²⁹. El problema se planteó porque, justamente un mes antes del nacimiento de los bebés, se aprobó una directriz en virtud de la cual se exigía que la maternidad subrogada se encontrara legalmente reconocida en el país de origen de los padres intencionales³⁰.

²⁷ RODRIGO, A., “Gestación subrogada..., *op.*, *cit.*

²⁸ *Ibidem*, según este artículo el coste de llevar a cabo el procedimiento en la India es unas 5 veces menor que si se llevase a cabo en EEUU.

²⁹ DEL GALLO, P., “La pareja de Asturias retenida en la India con sus bebés podrá regresar a España”, *El Mundo*, 2013. En <http://www.elmundo.es/elmundo/2013/08/29/espana/1377774180.html> consultado el 9 de abril de 2016.

³⁰ Otro caso problemático es el del bebé Manji, una niña nacida de una madre de alquiler india para una pareja japonesa residentes en California, que se convertiría en el foco de una crisis legal y diplomática tras su nacimiento. Los padres genéticos e intencionales de Manji, Yuki e Ikufumi Yamada, se habían divorciado meses antes de su nacimiento, y la madre intencional no quería a la niña. Mientras tanto el padre intencional reclamaba la custodia de Manji para llevársela con él a Tokio, cosa que le impedía la ausencia de una ley al respecto. Así el único modo de tener consigo a su hija era el de adoptarla legalmente, pero según la ley hindú los hombres solteros no pueden adoptar a bebés mujeres. En esta situación, Manji, niña de nacionalidad india, no podía ser reconocida por su propio padre biológico. Finalmente el TS de la India, en el litigio relativo a este caso, consideraría que la subrogación comercial es legal en India, pero también puso encima de la mesa la necesidad de desarrollar una regulación integral al respecto, cosa que a día de hoy sigue sin llevarse a cabo. - “Una niña india nacida de un vientre de alquiler queda huérfana tras separarse sus padres adoptivos”, *La Voz de Galicia*, 2008. En http://www.lavozdeg Galicia.es/sociedad/2008/08/14/0003_7059047.htm consultado el 9 de abril de 2016.

2.5. México

Situación muy parecida a la estadounidense encontramos en México. Este país no cuenta con una regulación unitaria en lo referente a gestación subrogada. No hay una Ley Federal al respecto, pues la Ley General de la Salud, cuya última reforma data del 12 de noviembre del 2015, no contiene ninguna referencia a esta cuestión³¹. Nos encontramos así en una especie de limbo legal en el que únicamente cuatro de sus treinta y dos entidades federativas han legislado en favor o en contra de esta práctica. Los Estados de Coahuila y Querétaro prohíben el vientre de alquiler. Los Estados de Tabasco y Sinaloa, en cambio, lo permiten el alquiler de un vientre³². Dado que lo que nos interesa es precisamente la situación legal de aquellos lugares en que está permitida la gestación subrogada nos centraremos en estos últimos.

Por lo que se refiere al Estado de Tabasco cabe señalar que permite la gestación subrogada desde 1997, pero, desde la última reforma, en el año 2015, la permite únicamente para los ciudadanos mexicanos. Encontramos referencia a esta técnica reproductiva tanto en el art. 92 como en los arts. 347 y 360 del Código Civil para el Estado de Tabasco³³, relativos al reconocimiento de los hijos. Establece el art. 92 que: *“En el caso de los hijos nacidos como resultado de la participación de una madre gestante sustituta, se presumirá la maternidad de la madre contratante que la presenta, ya que este hecho implica su aceptación. En los casos en los que participe una madre subrogada, deberá estarse a lo ordenado para la adopción plena.*

Se entiende por madre gestante sustituta, la mujer que lleva el embarazo a término y proporciona el componente para la gestación, más no el componente genético. Por el contrario, la madre subrogada provee ambos: el material genético y el gestante para la reproducción. Se considera madre contratante a la mujer que convenga en utilizar los servicios de la madre gestante sustituta o de la madre subrogada, según sea el caso.

³¹ La Ley General de la Salud de los Estados Unidos Mexicanos se puede consultar en la página web de la Cámara de Diputados de México, en la cual se contienen las leyes federales vigentes. En http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/142_121115.pdf consultado el 22 de marzo de 2016.

³² En el resto del territorio mexicano, dada la falta de regulación, parece que “se puede hacer lo que se quiera”; en la medida en que esta práctica no está prohibida, podrá llevarse a cabo esta práctica, pero el riesgo que conlleva correrá en nuestra contra.

³³ El Código Civil para el Estado de Tabasco se puede consultar en la página web del Congreso del Estado de Tabasco. En <http://documentos.congresotabasco.gob.mx/2014/orden1/Codigos/Codigo%20Civil%20para%20el%20Estado%20de%20Tabasco.pdf> consultado el 22 de marzo de 2016.

Salvo el caso de que se trate de un hijo nacido de una madre gestante sustituta, cuando el hijo nazca de una mujer casada que viva con su esposo, el Oficial del Registro Civil no podrá asentar como padre a otro que no sea el mismo marido, excepto que éste haya desconocido al hijo y exista sentencia ejecutoria que así lo declare”.

Podemos ver que el precepto distingue entre “madre sustituta” y “madre subrogada”, siendo la primera aquella que no tiene ningún tipo de vinculación genética con el embrión que gesta, y la segunda aquella que sí tiene vinculación genética con el embrión al ser también la donante de óvulos. Este pequeño matiz da lugar a una gran diferencia en cuanto al procedimiento para la filiación del niño, pues, mientras que en el caso de la madre sustituta se reconocerá a la madre intencional como madre legal directamente, en el caso de la madre subrogada será ésta la madre legal, y deberá renunciar a tal maternidad en favor de la madre intencional contratante, que adoptará al niño. Además, en este segundo caso, a la vista de lo expresado en el apartado 3 del precepto legal, si la madre subrogada está casada, será el marido de la misma el padre legal del niño nacido por este procedimiento.

En Tabasco, pueden llevar a cabo un procedimiento de maternidad subrogada las parejas heterosexuales legalmente casadas o aquellas parejas que, sin estar legalmente casadas, convivan y actúen como tal. Además se admite este procedimiento si es llevado a cabo con carácter altruista³⁴. Tropezamos pues con el mismo hándicap: en Tabasco no pueden tener un hijo mediante este método ni las parejas homosexuales, ni las personas sin pareja.

Como decíamos, la maternidad subrogada también ha encontrado respaldo jurídico en el Estado mexicano de Sinaloa: concretamente, en el Capítulo V del Código Familiar del Estado de Sinaloa de 2013, cuya última reforma data del 18 de mayo de 2015³⁵. El art. 283 del Código refleja la licitud de esta figura, que es objeto de desarrollo en los arts. 284 a 297. En este articulado se establecen los requisitos y directrices a seguir en el procedimiento, de los que, en primer lugar, podríamos destacar que conforme a lo previsto en el art. 283.1, *“una mujer gesta el producto fecundado por un hombre y una mujer, cuando la mujer, padece imposibilidad física o contraindicación médica para*

³⁴ ÁLVAREZ, N., “Gestación subrogada en México”, *Babygest*, 2015. En <http://www.babygest.es/mexico/> consultado el 22 de marzo de 2016.

³⁵ El Código Familiar del Estado de Sinaloa se puede consultar en la página web del Congreso del Estado de Sinaloa. En http://www.congresosinaloa.gob.mx/images/congreso/leyes/zip/codigo_familiar_18-may-2015.pdf consultado el 23 de marzo de 2016.

llevar a cabo la gestación en su útero”, de modo que es requisito que la madre intencional no pueda llevar a cabo el embarazo por sí misma. El art. 283.2 delimita la edad de la madre gestante, que deberá comprenderse entre los 25 y los 35 años; la madre gestante deberá tener “*al menos, un hijo consanguíneo sano, una buena salud Psicosomática*” y haber dado su consentimiento voluntariamente; esta mujer, para poder ser madre gestante y según el art. 285, no puede haber estado embarazada durante los trescientos sesenta y cinco días previos, ni haber participado en más de dos ocasiones consecutivas en un procedimiento de este tipo. Según el art. 286 “*La voluntad que manifiesten las partes para la realización del instrumento de la maternidad subrogada debe ser indubitable y expresa*”, además ese acuerdo de subrogación deberá ser firmado por los padres intencionales, la gestante, el Notario Público y el director de la clínica o centro hospitalario en que se lleve a cabo el procedimiento. A efectos del proceso de filiación del nacido, es importante destacar que el acuerdo de subrogación ha de ser notificado a la Secretaría de la Salud y al oficial del Registro Civil, lo cual determinará la filiación del niño en favor de los padres intencionales, y lo hará desde el momento de la fecundación (art. 293).

En Sinaloa, según el art. 284 del Código Familiar, se admite la maternidad subrogada tanto onerosa como altruista. En el art. 290 determina que únicamente pueden llevar a cabo un proceso de esta naturaleza los ciudadanos mexicanos (en el Código no se precisa si los padres intencionales han de estar casados, ni tampoco si pueden llevar a cabo este procedimiento también parejas homosexuales o personas solteras).

Como ejemplo de proceso de gestación subrogada llevada a cabo en México podemos recordar en este punto el caso de dos bebés mellizos nacidos en Tabasco en 2015, cuyos padres intencionales son un matrimonio homosexual español que, por las razones que tendremos oportunidad de explicar en un capítulo posterior, han encontrado serias dificultades para regresar a España con los pequeños³⁶.

³⁶ CALDERÓN, V., “El vacío legal impide registrar a los hijos de una pareja gay española”, *El País*, 2015. En http://internacional.elpais.com/internacional/2015/02/11/actualidad/1423683981_519760.html consultado el 10 de abril de 2016.

2.6. Portugal

El viernes 13 de mayo Portugal legalizó la aplicación de la gestación subrogada³⁷ mediante el Decreto N.º 27/XIII³⁸, por el que se regula el acceso a la gestación por sustitución, procediendo a la tercera enmienda de la Ley N.º. 32/2006 de Técnicas de Reproducción Asistida.

Esta reciente normativa cuenta, como todas las de los demás Estados, con una serie de requisitos que han de cumplirse a la hora de llevar a cabo un proceso de gestación subrogada. Así, según los arts. 1 y 2.2 del Decreto, la gestación subrogada se permite únicamente para aquellos casos en que la mujer tenga incapacidad absoluta y definitiva para el embarazo –bien por ausencia, lesión o enfermedad en el útero–; deja claro el art. 2.3 que, al menos, uno de los padres intencionales ha de aportar sus gametos, y que, en ningún caso, podrá hacerlo la madre gestante. Estos convenios han de ser autorizados previamente por el *Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida* (ex. Art. 2.4). Según establece el art. 2.5 ha de tratarse de un proceso gratuito, se prohíbe la compensación económica a la madre gestante (excepto las cantidades relativas a los gastos derivados del embarazo), y, si mediare tal, entonces esas personas podrán ser castigadas con multas o penas de prisión (art. 39). Añade el apartado 7 del art. 2 que el niño fruto de ese vientre de alquiler será considerado como hijo de los padres intencionales.

Nos encontramos con que únicamente se permite acceder a las técnicas de gestación subrogada a parejas heterosexuales, cosa que choca con la ampliación de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida portuguesa llevada a cabo en el mismo Decreto, ya que la misma pasa a permitir el uso de las mismas a mujeres solteras y a mujeres casadas con otra mujer. Esto resulta bastante discriminatorio, pues perjudica la igualdad entre parejas homosexuales y heterosexuales.

2.7. Reino Unido

En el Reino Unido, la gestación subrogada es legal pero se establecen ciertas restricciones.

³⁷ MARTÍN, J., “Portugal aprueba las ‘madres de alquiler’, pero sin remuneración”, *El País*, 2016. En http://internacional.elpais.com/internacional/2016/05/13/actualidad/1463141605_818846.html consultado el 13 de junio de 2016.

³⁸ El Decreto N.º. 27/XIII lo encontramos en <http://debates.parlamento.pt/catalogo/r3/dar/s2a/13/01/090S1/2016-06-01/5?pgs=5-8&org=PLC> consultado el 13 de junio de 2016.

En el año 1985, entraba en vigor el *Surrogacy Arrangements Act*³⁹. Dicha disposición sigue en vigor⁴⁰ y sólo parece haberse visto afectada por el *Human Fertilisation and Embryology Act*⁴¹, cuyo art. 54, relativo a las órdenes parentales, establece que: “1. *En un recurso presentado por dos personas (“los demandantes”), el tribunal podrá dictar una orden para que un niño sea legalmente tratado como hijo de los demandantes, si:*

- a) *el niño ha sido gestado por una mujer que no es uno de los demandantes, como consecuencia de haber implantado en ella un embrión o espermatozoides y óvulos o de inseminación artificial,*
- b) *los gametos de al menos uno de los demandantes han sido utilizados para llevar a cabo la creación del embrión, y*
- c) *se han cumplido las condiciones de las subsecciones (2) a (8).*

2. *Los demandantes deben ser:*

- a) *marido y mujer,*
- b) *constituir una unión civil, o*
- c) *dos personas que están viviendo como pareja en una relación familiar duradera, y no se encuentran en grados prohibidos de parentesco.*

3. *Los demandantes deben solicitar la orden dentro del plazo de 6 meses a partir del día en que nace el niño.*

4. *En el momento de solicitud y realización de la orden:*

- a) *el hogar del niño debe ser con los demandantes, y*
- b) *uno o ambos demandantes deberán estar domiciliados en el Reino Unido o en las Islas del Canal o la Isla del Hombre.*

5. *En el momento de la presentación de la solicitud ambos demandantes tendrán que haber alcanzado la edad de 18 años.*

³⁹ Los *Surrogacy Arrangements Act* de 1985 se pueden consultar en la página web del Gobierno del Reino Unido. En <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/49> consultado el 12 de abril de 2016.

⁴⁰ Por lo que parece evidente considerar que la misma está ya bastante obsoleta, y es que han pasado nada más y nada menos que 30 años desde su promulgación.

⁴¹ La *Human Fertilisation and Embryology Act* de 2008 se puede consultar en la página web del Gobierno del Reino Unido. En <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/contents> consultado el 12 de abril de 2016.

6. El tribunal deberá asegurarse de que ambos

- a) la mujer que ha gestado al niño, y*
- b) cualquier otra persona que sea padre del niño, pero no sea uno de los demandantes (incluyendo cualquier hombre en virtud de los artículos 35 o 36, o cualquier mujer en virtud de los artículos 42 o 43)*

han consentido libre, incondicionalmente y con pleno conocimiento a la realización de la orden.

7. La subsección sexta no requiere el consentimiento de la persona que no puede ser hallada o es incapaz de darlo. El consentimiento de la mujer que gestó el niño no es eficaz con el fin de esa subsección si lo otorga en un plazo inferior a seis semanas después del nacimiento del niño.

8. El tribunal deberá asegurarse de que ningún dinero u otros beneficios (que no sean para los gastos razonables en que incurra) se ha dado o recibido por cualquiera de los demandantes para o en consideración de:

- a) la confección de la orden,*
- b) cualquier acuerdo requerido por la subsección sexta,*
- c) la entrega del niño a los demandantes o*
- d) la realización de acuerdos con vistas a la adopción de la orden, a menos que sea autorizado por el tribunal (...)."*

A la vista de estas normas, cabe realizar las siguientes precisiones en relación al procedimiento para establecer la filiación del nacido por vientre de alquiler. Para empezar, para que los padres intencionales o comitentes puedan ser considerados como padres legales del niño, han de solicitar una "orden parental" ante los tribunales en los 6 meses siguientes al nacimiento del bebé⁴²; además, en este período de tiempo, los padres intencionales, o al menos uno de ellos, deberán estar domiciliados en el Reino Unido, en las Islas del Canal o en la Isla de Man. El *Parental Order Register* recibe la inscripción de la orden parental, tras lo cual el tribunal comprobará si se han cumplido los requisitos

⁴² Tanto los matrimonios o parejas de hecho heterosexuales como homosexuales están legitimados para solicitar la "orden parental". En cambio no cuentan con esta legitimación las personas solteras, lo cual se contradice con la ley de fertilidad que permite convertirse en madres a través de la donación de gametos a mujeres solteras.

exigidos en el ya expuesto art. 54. Si no se lleva a cabo todo este procedimiento el menor será considerado como hijo de la madre portadora y, si lo tiene, de su marido.

Ahora bien, como hemos señalado, en Reino Unido la figura se admite con restricciones.

Para empezar, en este país es delito publicar un anuncio en el que se ponga de manifiesto la demanda de un vientre de alquiler, o, en su caso, la oferta del mismo. Para continuar, están totalmente prohibidas las agencias dedicadas a la gestación subrogada con fines lucrativos, por lo que estos procedimientos únicamente se pueden llevar a cabo a través de organizaciones sin ánimo de lucro. A fin de cuentas, y como dice FARNÓS AMORÓS⁴³, en el Reino Unido “los acuerdos de maternidad subrogada son homologables judicialmente si no persiguen fines lucrativos, no se publicitan y se realizan sin la intervención de intermediarios o agencias”.

Respecto a los casos de maternidad subrogada llevados a cabo en el Reino Unido podemos poner sobre la mesa, por ejemplo, el caso de Kirsty Tevens⁴⁴, una mujer casada y madre de dos hijos que, de acuerdo con su esposo decidiría tener un hijo para otra pareja; lo curioso de este caso es que, para ello, el varón de la pareja que anhelaba tener un hijo y Kirsty Tevens mantuvieron relaciones sexuales hasta quedar ella embarazada. Gran repercusión mediática tuvo también el caso de Kim Cotton⁴⁵, que en 1984 trajo al mundo a una niña para otra pareja, cuya concepción se logró a través de inseminación artificial (con semen del marido de la pareja comitente); este caso, en que actuó como mediadora la agencia Surrogate Parenting Association, llegó a la Corte Superior Civil de Londres, que falló a favor de entregar la niña a los padres comitentes, los cuales tendrían que llevar a cabo un proceso de adopción para así legalizar la situación para con su hija.

2.8. Rusia

Llevar a cabo un procedimiento de gestación subrogada es completamente legal en Rusia; de hecho podría decirse que en todo lo relativo a técnicas de reproducción

⁴³ FARNÓS AMORÓS, E., “Inscripción en España de..., *op., cit.*, pág. 20.

⁴⁴ Se trata de un supuesto anterior a la ley. Se refiere a él MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M., y MASSIGOGE BENEIGU, J.M., *La maternidad portadora, ..., op., cit.*, pág. 33.

⁴⁵ Este supuesto es anterior a la ley que regula la gestación subrogada en Reino Unido. Alude a él MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M., y MASSIGOGE BENEIGU, J.M., *La maternidad portadora, ..., op., cit.*, págs. 34 y 35.

asistida humana nos encontramos ante una de las legislaciones más liberales en la actualidad.

La Ley Básica N° 5487-1 sobre protección de la salud de los ciudadanos de la Federación de Rusia, de 22 de junio de 1993, fue la primera en abordar este tema en Rusia; dicha Ley fue derogada después por la Ley Básica N° 323 – FZ sobre protección de la salud de los ciudadanos, de noviembre de 2011, que entró en vigor el 1 de enero de 2012. Así las cosas, el Derecho aplicable a la maternidad subrogada lo encontramos en el Código de Familia de la Federación de Rusia y en la Ley Básica N° 323 – FZ que acabamos de citar⁴⁶.

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 51.4 del Código de Familia de la Federación rusa, *“Los cónyuges que hayan dado su consentimiento escrito para la aplicación de la fecundación in vitro o la implantación del embrión se inscribirán en el Libro de Nacimientos como los padres del niño nacido por medio de dichas técnicas. Los cónyuges que hayan dado su consentimiento escrito para la implantación del embrión en el útero de otra mujer con el fin de que lo gaste, sólo serán inscritos como los padres del niño con el consentimiento de la mujer que lo haya parido”*⁴⁷. De modo que, como ya habíamos afirmado con anterioridad, la gestación subrogada está permitida, y la misma, lógicamente, requiere de consentimiento, tanto por parte de los padres intencionales como por parte de la gestante. Además, en lo relativo al procedimiento de filiación del niño⁴⁸, hemos de tener en cuenta que, en un primer momento, en la partida de nacimiento aparece como madre la gestante subrogada y el padre intencional; una vez tenemos esa partida de nacimiento, pasamos a un segundo momento en el que, con ella, los padres intencionales inscriben al bebé como su hijo y pasan a ser entonces los padres legales del niño (sin importar la relación genética que guarden con él); en esta inscripción ya no figura el nombre de la gestante.

Las exigencias legales para llevar a cabo un procedimiento de este tipo se rigen por la Orden N° 67 del Ministerio de Salud Pública de la Federación de Rusia sobre la aplicación de las técnicas de reproducción asistida en el tratamiento de la infertilidad femenina y masculina, de 26 de febrero de 2003, en cuyo texto se establece que *“En Rusia*

⁴⁶ LAMM, E., “Gestación por...”, *op. cit.*, pág. 17.

⁴⁷ La traducción de este precepto del Código de Familia de la Federación de Rusia la encontramos en el artículo de Eleonora Lamm a que hacemos referencia en la nota anterior.

⁴⁸ RODRIGO, A., “Gestación subrogada en Rusia”, *Babygest*, 2016. En <http://www.babygest.es/rusia/> consultado el 12 de abril de 2016.

*pueden ser gestantes las mujeres que hayan consentido voluntariamente la participación en dicho programa y reúnan los requisitos siguientes: tener una edad de entre 20 y 35 años; tener un hijo propio sano; tener buena salud psíquica y somática. Sólo se admite la gestación por sustitución gestacional”*⁴⁹. De modo que estas exigencias van desde la necesidad de realizar un acuerdo de subrogación, a la edad de la madre y las circunstancias familiares y médicas de la misma. Una nota característica es la de que no se permite que la madre gestante guarde ningún tipo de relación genética con el bebé, no puede ser a un mismo tiempo madre subrogada y donante de gametos.

En Rusia son lícitos estos procedimientos tanto si son onerosos como altruistas, con la exigencia de que se lleven a cabo a raíz de la incapacidad reproductiva de quien será padre o madre intencional.

Pese a esta legislación tan avanzada en materia de reproducción asistida no existe tal avance en lo relativo a las uniones entre personas del mismo sexo; en consecuencia, únicamente pueden ser padres a través de un procedimiento de gestación subrogada las parejas heterosexuales y las mujeres solteras; encontramos así el mismo hándicap que hemos resaltado en relación a otros muchos Estados: no se permite ser padres sirviéndose de este procedimiento a los hombres solteros ni a las parejas homosexuales.

A modo de ilustración cabe hacer referencia a un proceso un tanto curioso que tuvo lugar el 29 de noviembre de 2004 en el sorprendente marco de un programa de televisión llamado “La Hora del Juicio”. En este caso Ana Dunaeva, gestante subrogada, trajo al mundo a un bebé con una afección cardíaca; los padres intencionales –el matrimonio Rybakov– renunciaron al bebé aduciendo que “no necesitaban un niño enfermo”, y se negaron a abonar a la gestante la compensación económica que habían pactado en el acuerdo de subrogación. La madre subrogada interpuso una demanda contra el matrimonio para recibir el importe acordado, demanda que fue desestimada “partiendo de las recomendaciones del Consejo de Europa” de utilizar como madres subrogadas a hermanas, parientes cercanas o amigas de la mujer infértil y sólo indemnizarles “los gastos objetivamente razonables”⁵⁰.

⁴⁹ LAMM, E., “Gestación por...”, *op. cit.*, pág. 17.

⁵⁰ *Surrogacy, maternidad subrogada en Rusia y en el mundo* foro online que habla de la maternidad subrogada centrándose en Rusia. En <http://surrogacy.ru/es/history.php> consultado el 12 de abril de 2016.

2.9. Ucrania

A la vista de lo previsto en el Código de Familia Ucraniano, y en la Orden 771 del Ministerio de Salud, la gestación subrogada es absolutamente legal en Ucrania

El art. 123.2 del Código de Familia ucraniano (*Сімейний Кодекс України*)⁵¹, concretamente –relativo a la determinación de la filiación de un niño nacido como resultado de las técnicas de reproducción asistida, que sería modificado en 2011 por la Orden 771 del Ministerio de Salud–, establece: “*En caso de implantación a una mujer del embrión humano concebido por los cónyuges (hombre y mujer) como resultado de técnicas de reproducción asistida, los padres del niño son los cónyuges*”. De modo que, según la legislación ucraniana, el niño que nazca como fruto de un proceso de gestación subrogada será considerado, a efectos legales, como hijo de los padres intencionales, a los cuales pertenecían los gametos que dieron lugar a ese embrión.

En relación al procedimiento de filiación de ese niño, lo primero que hay que decir es que la gestante subrogada no está legitimada para reclamar la maternidad de ese niño; no ostenta derecho alguno sobre él. Por ende, los padres intencionales ostentarán y ejercerán la patria potestad del menor; pero para llegar a esta situación es necesario que los padres intencionales, tras haber recibido el certificado de nacimiento del niño (en que constarán el nombre del padre intencional y el nombre de la madre gestante) y la renuncia a ese hijo por parte de la madre gestante (si la gestante se niega a renunciar al niño se discutiría la filiación en los tribunales, donde los padres intencionales deberían de demostrar que el niño es su hijo biológico), registren al niño como su hijo, momento en que dejará de aparecer en los documentos el nombre de la gestante subrogada⁵².

Según la letra de la ley ucraniana para llevar a cabo un procedimiento de gestación subrogada han de cumplirse una serie de requisitos: a) ambos padres intencionales deberá aportar sus gametos, o al menos deberá hacerlo el varón; b) ha de pesar sobre la madre intencional una causa médica que le impida traer un hijo al mundo por sus propios medios o que el hacerlo suponga altos riesgos. Vuelve a aparecer en este caso el hándicap de que únicamente se permite este procedimiento a parejas heterosexuales casadas, lo que es muy

⁵¹ El Código de Familia de Ucrania está redactado en ucraniano, lengua oficial del país y se puede consultar en la página web de la Rada Suprema de Ucrania. En <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2947-14> consultado el 12 de abril de 2016.

⁵² RODRIGO, A., “Gestación subrogada en Ucrania”, *Babygest*, 2015. En <http://www.babygest.es/ucrania/> consultado el 12 de abril de 2016.

restrictivo, pues deja fuera tanto a los matrimonios homosexuales, a las parejas heterosexuales u homosexuales que no estén casadas y a las personas solteras.

Llegados a este punto, cabe recordar un caso que se produjo en 2014, en el que un bebé gestado en Kiev por una madre subrogada fue finalmente inscrito en el Registro Civil de Pamplona como hijo de un matrimonio navarro, sus padres intencionales (aunque en su inscripción constarían tanto la madre intencional como la madre gestante)⁵³.

⁵³ CABASÉS, L., “Inscrito en Navarra el primer bebé de gestación subrogada”, *Noticias de Navarra*, 2014. En <http://www.noticiasdenavarra.com/2014/10/08/sociedad/navarra/inscrito-en-navarra-el-primer-bebe-de-gestacion-subrogada> consultado el 12 de abril de 2016.

3. EL RECHAZO DE LA FIGURA EN ESPAÑA

Como veremos a lo largo de este Capítulo nuestra legislación se muestra contraria a la figura de la maternidad subrogada, al igual que lo hacen las legislaciones de diversos Estados cercanos, como Francia⁵⁴, Italia⁵⁵ o Alemania⁵⁶.

3.1. Normativa

3.1.1. Ley 4/2006 de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida

La Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, desde ahora LTRHA, dispone en su art. 10, relativo a la gestación por sustitución, que “1. *Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.*

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

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

Vemos así que nuestro Ordenamiento jurídico no permite la celebración de contratos de gestación por sustitución, respecto de los cuales, y a pesar de no estar establecido expresamente por la LTRHA, la doctrina alega que son nulos de pleno derecho –esta nulidad se produce *ipso iure* y tiene efectos *erga omnes*⁵⁷, por lo que no son eficaces y no dan lugar al nacimiento de derechos y deberes. Nulidad de pleno derecho que, según LÓPEZ PELÁEZ, encuentra su fundamento en la ilicitud de la causa

⁵⁴ En Francia, conforme al art. 16.7 y 9 del *Code* (Ley 1994-653, de 39 de julio de 1994), todo acuerdo de gestación por sustitución es nulo, nulidad que, en relación con lo establecido por la Sentencia del Tribunal de Casación de 31 de mayo de 1991 y por la Ley de Bioética de 29 de julio de 1994, es de orden público. VELA SÁNCHEZ, A.J., *La maternidad subrogada...*, *op. cit.*, págs. 37 y 38.

⁵⁵ En Italia, conforme al art. 12.6 de la Ley de 19 de febrero de 2006, núm. 40, el convenio de gestación por sustitución es nulo de pleno derecho, lo que implica que la filiación será determinada por el parto. VELA SÁNCHEZ, A.J., *La maternidad subrogada...*, *op. cit.*, pág. 37.

⁵⁶ En Alemania, según lo dispuesto por el art. 1 de la Ley de protección del embrión, n. 745/90, de 13 de diciembre de 1990, estos acuerdos pueden ser sancionados con penas privativas de libertad para quienes participen en ellos. VELA SÁNCHEZ, A.J., *La maternidad subrogada...*, *op. cit.*, pág. 38.

⁵⁷ VELA SÁNCHEZ, A.J., *La maternidad subrogada...*, *op. cit.*, pág. 41.

del contrato, pues “la contratación de este tipo de servicios repugna a la conciencia moral vigente hoy por hoy en nuestra sociedad”⁵⁸.

Estos contratos a que venimos aludiendo son nulos por razón de su objeto, pues la capacidad de gestar es una *res extra commercium* –es una capacidad indisponible, intransferible y personalísima (ex. art. 1271 CC)– y, además, también está fuera del comercio el cuerpo humano (ex. art. 1261.2 CC), que en estos supuestos se pone en juego por el “alquiler del útero de una mujer”. Por ende, nos encontramos ante contratos nulos e inexistentes por el objeto de los mismos, objeto que, como decimos, es una *res extra commercium*, atenta contra las buenas costumbres y contra las normas establecidas para llevar a cabo una adopción (art. 175 y ss. CC) y supone, al mismo tiempo, una transacción que nuestro Ordenamiento jurídico no permite. Para el sector doctrinal que participa de esta opinión, los contratos de gestación subrogada van en contra del principio de indisponibilidad del cuerpo humano al convertir la capacidad de gestación de las mujeres en objeto del tráfico jurídico, y dan lugar a que el niño fruto del procedimiento se convierta en una especie de objeto del contrato, cosa contraria al respeto a la dignidad humana⁵⁹.

En este contexto jurídico, si se celebrase un contrato de este tipo en nuestro país y se llevase a término, el niño nacido a través del vientre de alquiler sería considerado hijo biológico de la madre gestante, de la madre subrogada, y se inscribiría como tal en el Registro Civil, pues en nuestro Ordenamiento rige el axioma romano *mater semper certa est*, esto es, la filiación la determina el parto (“madre es la que pare”). Si se diera esta situación, una vez nacido el niño, la madre subrogada no tendría obligación alguna de entregarlo a los padres o madres intencionales, ni tampoco de indemnizarles; además, en caso de que hubiera entregado al niño a los padres intencionales, podría reclamarlo para sí; tampoco podría reclamar a los padres o madres comitentes el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el contrato celebrado previamente⁶⁰.

¿Y qué pasaría con el padre? La situación varía en función de que la madre subrogada estuviera casada o no.

⁵⁸ LÓPEZ PELÁEZ, P., “Aproximación jurídica del acuerdo de gestación por sustitución (Madres de Alquiler) en el Derecho español”, *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Enrique Lalaguna Domínguez*, Alaventosa del Río, J., y Moliner Navarro, R. (Coords.), Vol. I, Universidad de Valencia, Valencia, 2008, pág. 668.

⁵⁹ VELA SÁNCHEZ, A.J., *La maternidad subrogada...*, op., cit., págs. 41 a 44.

⁶⁰ *Ibidem*, págs. 45 y 46.

En el primer caso, esto es, si estuviera casada, su marido sería considerado padre del niño, pues actúa la presunción de paternidad que establece el art. 116 CC; evidentemente, el marido podría impugnar la paternidad (art. 136.1 CC), salvo en el caso de que hubiera aportado su material genético para la concepción del niño en cuestión⁶¹. El padre intencional y, a un mismo tiempo padre biológico, por su parte, a la vista de lo dispuesto en el art. 10.3 LTRHA, podría reclamar la paternidad para sí en caso de que hubiese aportado su material genético, y lo hará conforme a lo dispuesto en los arts. 764 y ss. LEC –el donante anónimo no ostentará esta posibilidad, pues carece *ex lege* de vínculo alguno con el niño–.

Si la madre gestante no estuviese casada, en cambio, el padre intencional que hubiere aportado su material genético podría reconocer al niño como hijo suyo. Podría igualmente reclamar para sí la filiación –cosa que no puede hacer la madre comitente aunque haya aportado su material genético–; reconocida de esta forma la filiación paterna, si la madre subrogada renunciara (una vez transcurridos treinta días desde el parto – art. 177.2.3 CC), la madre comitente podría adoptar al niño como excepción al principio general contemplado en el art. 176 CC. Para la mayoría de la doctrina, en este caso, no se produciría un fraude de ley pues el legislador no prohíbe que se lleve a cabo dicha adopción por parte de la madre intencional, sino que lo que hace es establecer que, en caso de conflicto de intereses entre ambas madres –la gestante y la comitente–, se determinará la maternidad de la gestante⁶². En cambio, para otro sector de la doctrina, –representado por ejemplo por LLEDÓ YAGÜE o PALACIOS ALONSO–, si se autoriza esta adopción preferente respecto de la madre comitente, nos encontramos ante un supuesto de fraude de ley (art. 6.4 CC “*Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir*”) al conseguirse el propósito del convenio de gestación por sustitución, contrario a la ley⁶³.

⁶¹ LLEDÓ YAGÜE, F., “Reflexión jurídica sobre las nuevas formas de concepción humana”, *La Ley*, 1985, pág. 1015.

⁶² A este respecto FERNÁNDEZ-SÁNCHO TAHOCES, A. S., “Eficacia Jurídico-Registral...”, *op. cit.*, pág. 132, considera: “Si, como es cada vez más habitual, las parejas acceden a la maternidad subrogada en California porque en su ordenamiento originario el acceso a la maternidad subrogada es ilegal, es aconsejable que, tras el nacimiento, el padre no biológico complete un procedimiento de adopción”.

⁶³ VELA SÁNCHEZ, A.J., *La maternidad subrogada...*, *op. cit.*, págs. 47 a 49. SUBIRACHS, J., “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”, *La Ley*, núm. 4893, *Sección Tribuna Abierta*, 2011, pág. 3.

3.1.2. Artículos 220 y 221 del Código Penal

La única sanción de tipo penal que contiene nuestro Ordenamiento jurídico respecto de la práctica de la gestación subrogada se encuentra en el Código Penal, concretamente en los arts. 220 y 221⁶⁴, que se refieren a los supuestos de “*parto y de la alteración de la paternidad, estado o condición del menor*”⁶⁵. Lo que hemos de dejar claro a este respecto es que las sanciones contempladas en estos preceptos no se pueden imponer en aquellos casos en que se lleve a cabo un contrato de gestación por sustitución en el extranjero, sino que únicamente resultan aplicables a los contratos llevados a cabo dentro del territorio español.

3.2. Problemática de la maternidad subrogada

3.2.1. Dificultades para la inscripción de un nacido por vientre de alquiler

El caso tipo es básicamente el siguiente: una pareja española contacta con una empresa californiana (también puede ser de cualquier otro Estado en que se permite a los extranjeros acudir a esta técnica, lo que ocurre es que California es el más frecuente y el

FERNÁNDEZ-SÁNCHO TAHOCES, A.S., “Eficacia Jurídico-Registral...”, *op. cit.*, p. 5. LLEDÓ YAGÜE, F., “Reflexiones personales en torno a la fecundación *post mortem* y la maternidad subrogada: el examen de algunos supuestos de la práctica jurídica”, *Régimen jurídico-privado de la reproducción asistida en España: el proceso legal de reformas*, Díaz Martínez, A. (Coord.), Dykinson, Madrid, 2007, págs. 175 y ss. PALACIOS ALONSO, M., “Ley sobre técnicas de reproducción asistida (35/88): de 1988 a 2005”, en MORILLAS CUEVAS, L., BENÍTEZ ORTUZAR, I. y PERIS RIERA, J. (Coords.), *Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina*, Dykinson, Madrid, 2005, pág. 53.

⁶⁴ Art. 220 CP: “1. La suposición de un parto será castigada con las penas de prisión de seis meses a dos años.

2. La misma pena se impondrá al que ocultare o entregare a terceros a un hijo para alterar o modificar su filiación.

3. La sustitución de un niño por otro será castigada con las penas de prisión de uno a cinco años.

4. Los ascendientes, por naturaleza o por adopción, que cometieran los hechos descritos en los tres apartados anteriores podrán ser castigados además con la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad que tuvieren sobre el hijo o descendiente supuesto, ocultado, entregado o sustituido, y, en su caso, sobre el resto de hijos o descendientes por tiempo de cuatro a diez años.

5. Las sustituciones de un niño por otro que se produjeran en centros sanitarios o socio-sanitarios por imprudencia grave de los responsables de su identificación y custodia, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año”.

Art. 221 CP: “1. Los que, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concorra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación, serán castigados con las penas de prisión de uno a cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a 10 años.

2. Con la misma pena serán castigados la persona que lo reciba y el intermediario, aunque la entrega del menor se hubiese efectuado en país extranjero.

3. Si los hechos se cometieren utilizando guarderías, colegios u otros locales o establecimientos donde se recojan niños, se impondrá a los culpables la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de las referidas actividades por tiempo de dos a seis años y se podrá acordar la clausura temporal o definitiva de los establecimientos. En la clausura temporal, el plazo no podrá exceder de cinco años”.

⁶⁵ FERNÁNDEZ-SÁNCHO TAHOCES, A.S., “Eficacia Jurídico-Registral...”, *op. cit.*, p. 132.

que ha dado lugar a más jurisprudencia) que lleva a cabo los servicios de gestación subrogada de forma legal, viaja a San Diego, superan la dificultosa criba para ser admitidos en el proceso y una mujer gesta a su hijo o hijos con información genética –o no– de uno de los padres intencionales. El Juez de San Diego dice que el niño o niños es hijo de esa pareja, certificándolo en un acta registral. Esta familia formada al otro lado del Atlántico regresa a España, pidiendo en este momento que la resolución californiana conste en el Registro Civil español, y conste por tanto que ese niño es hijo suyo por naturaleza. Y aquí es donde empiezan todos los problemas.

Las dificultades para la inscripción en el Registro Civil español surgidas de este tipo de supuestos han dado lugar a diversos pronunciamientos en España. En orden cronológico nos encontramos con la RDGRN de 18 de febrero de 2009 (RJ 2009\1735), con la SJPI núm. 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010 (RJ: SJPI 25/2010), con la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, con la SAP de Valencia, de 23 de noviembre de 2011 (RJ: SAP V 5738/2011), con la STS 835/2013, de 6 febrero de 2014 (RJ 2014\833), y, finalmente, con el ATS de 2 de febrero de 2015 (RJ 2015\141).

De todos estos hitos vamos a prestar especial atención en los apartados siguientes a la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 y a la STS 835/2013, de 6 febrero de 2014.

3.2.1.1. RDGRN de 18 de febrero de 2009

El supuesto de hecho en que trae causa esta RDGRN es el siguiente: dos hombres españoles, casados en España en 2005, solicitan la inscripción del nacimiento de sus dos hijos, nacidos en San Diego (California) en octubre de 2008 a raíz de un procedimiento de gestación subrogada, ante el Registro Civil Consular de Los Ángeles, presentando para ello certificados de nacimiento expedidos por la autoridad registral de California. El Encargado del Registro Civil deniega tal solicitud, y lo hace tomando como base el art. 10 LTRHA⁶⁶, que establece la nulidad de pleno derecho del contrato de gestación por sustitución y que la filiación de los hijos nacidos por este procedimiento es la determinada por el parto. Tras esto el matrimonio interpuso recurso ante la DGRN solicitando la revocación de la denegación, así como la inscripción de los niños en el Registro Civil español con la filiación ya determinada en los asientos del Registro Civil de California.

⁶⁶ BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2006. En <https://www.boe.es/buscar/pdf/2006/BOE-A-2006-9292-consolidado.pdf> consultado el 10 de mayo de 2016.

En esta situación, la DGRN estimó tal recurso y ordenó la inscripción del nacimiento de los niños como hijos del matrimonio en el Registro Civil, como constaba en las certificaciones californianas; en esta resolución la DGRN entiende que esto no vulneraba en modo alguno el orden público internacional español y que además se estaba protegiendo el interés superior de esos dos menores⁶⁷.

3.2.1.2. 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

Como indican CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ la Instrucción de la DGRN de 5 de Octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución⁶⁸ “ha intentado proporcionar seguridad jurídica al régimen jurídico de la filiación en España de los nacidos mediante dichas técnicas reproductivas cuando dicha filiación ha quedado acreditada por autoridades de otros países”⁶⁹. Dicho instrumento viene a confirmar la posición fijada por la RDGRN de 18 de febrero de 2009, pues admite la inscripción de la filiación de los nacidos a través de este procedimiento en el Registro Civil español, y lo hace basándose en la previa existencia de una resolución extranjera que determine que el niño es hijo de los padres comitentes, o, al menos, de uno de ellos; tal resolución pasa posteriormente por un proceso de reconocimiento (normalmente por un proceso de reconocimiento incidental) para comprobar si va contra el orden público español⁷⁰, y, salvo los casos extremos –en que, por ejemplo, se haya cosificado al cuerpo de la mujer, convirtiendo a ésta en objeto del comercio para gestar niños para otras parejas–, no habrá vulneración de tal orden público, por lo que se admitirá la inscripción filial a que venimos haciendo referencia⁷¹.

⁶⁷ RDGRN de 18 de febrero de 2009 (RJ 2009\1735).

⁶⁸ Publicada en *BOE* núm. 243, de 7 de octubre de 2010. En <https://www.boe.es/boe/dias/2010/10/07/pdfs/BOE-A-2010-15317.pdf> consultado el 9 de mayo de 2016.

⁶⁹ CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “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*, Vol. 3, N° 1, ISSN 1989-4570, 2011, pág. 247. En <http://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/1077> consultado el 9 de mayo de 2016.

⁷⁰ El orden público es un argumento recurrente para aquellos que se oponen a la inscripción de estos niños, considerando que se atenta contra el Derecho positivo nacional.

⁷¹ VELA SÁNCHEZ, A.J., *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*, Comares, Granada, 2012, pág. 54. CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: el desafío”, conferencia impartida el 9 de Mayo de 2016 en la Facultad de Derecho de Salamanca, disponible en https://www.youtube.com/watch?v=MU_ry65AIUM&feature=youtu.be.

En opinión de CARRASCOSA GONZÁLEZ, existen tres estrategias legales desde el punto de vista del DIPr:

La propia Instrucción establece en su exposición de motivos que tiene por objeto esencial “*dotar de plena protección jurídica el interés superior del menor*”⁷², así como de otros intereses presentes en los supuestos de gestación por sustitución”, añadiendo que “*deben valorarse otros intereses presentes en los contratos de gestación por sustitución, especialmente la protección de las mujeres que se prestan a dicha técnica de reproducción, renunciando a sus derechos como madres*” y que el hecho de que se exija, como ya adelantábamos, una resolución judicial extranjera no tiene otra finalidad que la de “*controlar el cumplimiento de los requisitos de perfección y contenido del contrato*”. Esta Instrucción sienta una serie de puntos clave para advenir la protección de los intereses que acabamos de traer a colación⁷³, son:

- I. La exigencia de una resolución judicial dictada por Tribunal competente extranjero en que se determine la filiación del menor nacido mediante gestación subrogada respecto de su padre biológico. Esta resolución ha de presentarse junto con la solicitud de inscripción de nacimiento⁷⁴.
- II. La exigencia de exequatur en España de dicha resolución judicial, “obtenido según los Convenios internacionales vigentes para España o, en su defecto, a través del procedimiento contemplado en el art. 954 LEC 1881. Deberá adjuntarse a la solicitud de la inscripción, el auto judicial definitivo, expedido por autoridad judicial española, que ponga fin al exequatur”⁷⁵.
- III. La exigencia de reconocimiento incidental para los casos en que la resolución judicial del tribunal extranjero se haya dictado como consecuencia de un “procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria”; en estos casos

-
- Tesis legeforista: considera que si llevar a cabo un procedimiento de este tipo está prohibido en España entonces también está prohibido en todo el mundo. Esta tesis españoliza el caso concreto, trata los casos internacionales como casos internos, lo cual no parece demasiado correcto.
 - Tesis internacionalista: se tiene una resolución de un tribunal extranjero a la que, evidentemente, no se puede aplicar el Derecho español, hay que ver entonces si cumple con los parámetros de reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en España, ver si produce efectos contrarios al orden público, y si no los produce, entonces hay que darle reconocimiento en España.
 - Tesis intermedia: esta es la tesis seguida por la DGRN y que exige la presentación de una resolución judicial en que se diga que el niño es hijo de los padres comitentes, comprobando si se atenta o no al orden público.

⁷² Algunos autores, como VELA SÁNCHEZ, consideran que el recurso al interés superior del menor da lugar a la introducción “de una flagrante discriminación en nuestro ordenamiento jurídico” entre aquellos españoles que tienen recursos para contratar un procedimiento de este tipo frente a los que no los tienen, cosa que da lugar a la vulneración del principio de igualdad del art. 14 CE. VELA SÁNCHEZ, A.J., *La maternidad subrogada...*, op., cit., págs. 54 a 56.

⁷³ CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Notas críticas...”, op., cit., pág. 249.

⁷⁴ No se admite 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.

⁷⁵ *Ibidem*, pág. 249.

en que el Encargado del Registro Civil español debe controlar incidentalmente el reconocimiento de la resolución, se han de acreditar los siguientes extremos: “(I) La regularidad y autenticidad formal de la resolución y de cualesquiera otros documentos que se hubieran presentado; (II) Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española; (III) Que se hubiesen garantizado los derechos procesales de las partes, en particular, de la madre gestante; (IV) Que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante; (V) Que la resolución judicial es firme y que los consentimientos prestados son irrevocables, o bien, si estuvieran sujetos a un plazo de revocabilidad conforme a la legislación extranjera aplicable, que éste hubiera transcurrido, sin que quien tenga reconocida facultad de revocación, la hubiera ejercitado”⁷⁶.

IV. La decisión del Encargado del Registro Civil respecto de la necesidad “de exequatur por homologación judicial previa o de reconocimiento incidental registral”⁷⁷.

En opinión de CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ, sin embargo, esta Instrucción no resuelve los problemas jurídicos que derivan de la mala aplicación de la normativa vigente por parte de los Encargados del Registro Civil y que, a un mismo tiempo, introduce nuevas exigencias que resultan contrarias a la Ley. Entre las críticas que realizan cabe destacar las que siguen: 1) “El art. 10 Ley 14/2006 no es aplicable a la filiación de los nacidos tras gestación por sustitución ya declarada por autoridades públicas extranjeras”; 2) “La DGRN olvida el «orden público internacional» como motivo de rechazo del «reconocimiento incidental» en España de la resolución extranjera que establece una filiación en casos de gestación por sustitución”: 3) “Los nacidos en el extranjero en virtud de técnicas de gestación por sustitución son españoles si concurren indicios racionales de su generación física por progenitor español sin necesidad de ninguna sentencia judicial que así lo establezca”⁷⁸.

VELA SÁNCHEZ, por su parte, afirma, que la Instrucción que venimos comentando da las claves para una futura regulación de los convenios de gestación

⁷⁶ CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Notas críticas...”, *op. cit.*, pág. 249.

⁷⁷ *Ibidem*, pág. 249.

⁷⁸ *Ibidem*, págs. 250 a 257.

subrogada en nuestro Ordenamiento jurídico; en este orden de cosas, configura una estructura básica de esa posible regulación, atendiendo la misma a la “capacidad de obrar plena y consentimiento voluntario de las partes intervinientes”, la “irrevocabilidad del consentimiento prestado”, la “posibilidad de que el hijo conozca su origen biológico”, y la cuestión de si sería o no necesario que la fecundación de la madre gestante se lleve a cabo con material genético de, al menos, uno de los padres o madres intencionales⁷⁹.

3.2.1.3. TS (Sala de lo Civil), sentencia núm. 835/2013 de 6 de febrero (RJ 2014\833)

Una vez dictada la RDGRN de 2009, el MF interpuso demanda impugnándola con base en que la misma era contraria a lo dispuesto en el art. 10 LTRHA, y, por tanto, contraria al orden público. Esta demanda fue estimada en primera instancia, cancelando y dejando sin efecto la inscripción registral⁸⁰; ante esta situación el matrimonio interpuso recurso de apelación ante la AP de Valencia, que resultó ser desestimado⁸¹. Tras la SAP se interpuso recurso de casación ante el Supremo, con base en la infracción del art. 14 CE por considerarse vulnerado el principio de igualdad puesto en relación con el derecho a la identidad única de los menores y al interés superior del menor. El TS desestimó este recurso de casación⁸², por 5 votos contra 7, considerándose así que los niños no son hijos de los padres comitentes, sino de la madre portadora, por ser ésta quien dio a luz.

Con esta Sentencia, el TS sienta doctrina en esta materia, en lo relativo al reconocimiento de decisiones judiciales extranjeras sobre la filiación que deriva de un contrato de gestación subrogada.

Considera el TS que “para el reconocimiento de una decisión extranjera es necesario que no sea contraria al orden público internacional español, entendido como el sistema de derechos y libertades individuales garantizados en la Constitución y en los convenios internacionales de derechos humanos ratificados por España, y los valores y principios que estos encarnan. Por ello, no es admisible cuando produce la infracción de normas, como la prohibición de los contratos de gestación por sustitución, destinadas a

⁷⁹ VELA SÁNCHEZ, A.J., *La maternidad subrogada...*, op. cit., págs. 57 a 58.

⁸⁰ SJPI núm. 15 de Valencia de 15 de septiembre de 2010 (RJ: SJPI 25/2010).

⁸¹ SAP Valencia de 23 de noviembre de 2011 (RJ: SAP V 5738/2011).

⁸² STS de 6 de febrero de 2014 (RJ 2014\833). BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Hijos made in California”, *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 3/2009, 2012, pág. 1. (BIB 2009\411). JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., “Denegación de la inscripción de la filiación determinada por la celebración de un contrato de gestación por sustitución. Comentario a la STS 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (RJ 2014, 736)”, *Revista boliviana de Derecho*, núm. 18, 2014, págs. 402 a 403. (ISSN: 2070-8157).

evitar que se vulneren la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizando la gestación y la filiación, “cosificando” a la mujer gestante y al niño, permitiendo a determinados intermediarios realizar negocio con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza y creando una especie de “ciudadanía censitaria” en la que sólo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría de la población”⁸³. Pero, a juicio de CARRASCOSA GONZÁLEZ, hay cosas que el TS no ha hecho del todo bien al sentar doctrina sobre esta materia. La primera guarda relación con algo a lo que acabamos de hacer referencia y que él denomina “argumento del comercio”; dice el Catedrático de DIPr que esta afirmación no puede tomarse al pie de la letra; el TS afirma radicalmente que en todos los casos de gestación por sustitución existe comercio con el cuerpo de la mujer, pero eso no siempre es así; hay casos y casos, y habrá que analizarlos uno por uno para determinar si realmente existe o no tal comercio (por ejemplo no podría considerarse que existe en el caso de una mujer que gesta un hijo para su hermana); además no hay que obviar que, lógicamente, la prestación de un servicio comporta el pago de una prestación, el pago de tal servicio⁸⁴.

También resulta cuestionable en opinión del referido autor el denominado “argumento del valor constitucional de la prohibición de la gestación por sustitución por la CE”. El TS afirma que todo caso de gestación subrogada atenta contra la dignidad de la persona, así como contra la protección de la infancia; viene a decir en definitiva que la CE prohíbe la gestación subrogada, pero, por mucho que nos empeñemos, eso es algo que no se aprecia en el texto constitucional; y es que, cuando la CE quiere prohibir algo, lo dice expresamente, y en este caso no hace tal cosa. Nos encontramos –afirma el autor– ante una cuestión de legalidad ordinaria y no podemos acudir a la CE para oponernos a ella. A este argumento se suma el “argumento de la malicia estratégico–procesal por parte de los padres”, por el que el TS sienta que estos contratos no se pueden permitir, no son legales en nuestro Ordenamiento, y, por tanto, el niño fruto del vientre de alquiler no es hijo de los padres comitentes por haber hecho éstos un movimiento estratégico-procesal. Según CARRASCOSA GONZÁLEZ, el efecto de negar a ese niño la filiación respecto de los padres comitentes no es otro que el de castigar a los hijos por las acciones llevadas

⁸³ JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., “Denegación de la inscripción..., *op. cit.*, pág. 403.

⁸⁴ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: el desafío”, conferencia impartida el 9 de Mayo de 2016 en la Facultad de Derecho de Salamanca, disponible en https://www.youtube.com/watch?v=MU_ry65AIUM&feature=youtu.be

a cabo por sus padres, vulnerando así otros intereses como el interés superior del menor. Como concluye el autor, hay que defender la autoridad de la ley, pero no a toda costa⁸⁵.

El FJ. 5º de la Sentencia objeto de análisis se refiere concretamente al interés superior del menor –establecido por el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, por el art. 24.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, así como por la CE y la LO de Protección Jurídica del Menor– como concepto jurídico indeterminado⁸⁶. Considera el Alto Tribunal que este principio es de aplicación en cuanto a la interpretación, aplicación y subsanación de lagunas legales, pero no puede abusarse del mismo para así justificar conductas opuestas a las legalmente establecidas, pues en estos casos lo que deberá hacerse es llevar a cabo una ponderación entre ese principio y otros, como lo es el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante. Parece olvidar el TS –como apunta CARRASCOSA GONZÁLEZ– que el interés superior del menor es un principio del Ordenamiento jurídico español, y está recogido no sólo en leyes estatales sino también en instrumentos internacionales en el Convenio de Nueva York sobre Derechos del Niño de 1989, cuya preferencia aplicativa sobre la ley española es innegable⁸⁷. Siguiendo con su razonamiento, el TS, teniendo en cuenta que el no reconocimiento de la filiación de los menores nacidos por gestación subrogada puede perjudicar a los derechos de éstos, afirma que el establecer la filiación que se reclama también es perjudicial, pues se le convierte en un objeto del tráfico mercantil⁸⁸. Ahora bien, teniendo en cuenta el evidente hecho de que el menor tiene derecho a una identidad única, y que esto es algo que se ha de respetar, el Alto Tribunal ofrece una solución: si el niño nacido a través de un procedimiento de este tipo es hijo de, al menos, uno de los padres intencionales, se acreditará esa filiación y el padre intencional que no tenga lazos biológicos con ese niño, si lo hay, deberá de adoptar al niño; en caso de que el niño no sea hijo biológico de ninguno de los padres intencionales, ambos deberán de adoptarlo. Es aquí donde CARRASCOSA GONZÁLEZ aprecia otro error por parte del TS: ¿qué pasa con el niño mientras se tramita la adopción? A su modo de ver, es evidente que la

⁸⁵ *Ibidem*.

⁸⁶ Según JIMÉNEZ MUÑOZ F. J., “Denegación de la inscripción..., *op., cit.*, pág. 416, el interés superior del menor entra dentro de los “conceptos especialmente controvertidos”, que no vienen a ser otra cosa que aquellos sobre los cuales no existe unanimidad en la sociedad, y que, por tanto, no pueden tomarse como valores absolutos.

⁸⁷ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: el desafío”, conferencia impartida el 9 de Mayo de 2016 en la Facultad de Derecho de Salamanca, disponible en https://www.youtube.com/watch?v=MU_ry65AIUM&feature=youtu.be

⁸⁸ JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., “Denegación de la inscripción..., *op., cit.*, págs. 416 y 417.

situación jurídica del niño se ve gravemente perjudicada. Nótese, además, que nadie está obligado a adoptar a un niño; el TS no puede obligar a nadie a adoptar –de hecho, existen casos en que los propios padres intencionales se niegan, por cuestiones morales, a llevar a cabo una adopción respecto de aquel a quien consideran su propio hijo–. Estamos entonces ante una solución de baja calidad⁸⁹.

Pero, como decíamos, la sentencia se dictó con 7 votos a favor y cinco en contra. No podemos dejar de hacer referencia, por consiguiente, al voto particular emitido por el Magistrado D. José Antonio Seijas Quintana, y al que se adhirieron los Magistrados D. José Ramón Ferrándiz Gabriel, D. Francisco Javier Arroyo Fiestas y D. Sebastián Sastre Papiol. Este magistrado insiste en la idea de que: 1) “el interés de los menores queda afectado gravemente, por cuanto a los niños, de nacionalidad española, se les coloca en un limbo jurídico incierto en cuanto a la solución del conflicto”; 2) “se ignora una nueva realidad y no se procuran las soluciones más beneficiosas para los hijos”. Y es que, como indica el propio voto particular, ante la existencia de unos menores en una familia que actúa socialmente como tal y que ha actuado legalmente conforme a la normativa extranjera, aplicar la normativa interna, como cuestión de orden público, perjudica a los niños que pueden verse abocados a situaciones de desamparo, y les priva de su identidad y núcleo familiar contrariando la normativa internacional que exige atender al interés del menor⁹⁰.

Esta STS dio lugar a “la paralización de las inscripciones que desde la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, se venían realizando por los Cónsules españoles, siempre que se hubieran observado los requisitos en ella señalados”⁹¹. En esta situación “únicamente accederían al Registro Civil español las resoluciones judiciales firmes e irrevocables que hubieran establecido la transferencia de parentabilidad”⁹² del niño fruto del proceso de gestación subrogada;

⁸⁹ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: el desafío”, conferencia impartida el 9 de Mayo de 2016 en la Facultad de Derecho de Salamanca, disponible en https://www.youtube.com/watch?v=MU_ry65AIUM&feature=youtu.be

⁹⁰ JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., “Denegación de la inscripción...”, *op. cit.*, pág. 418.

⁹¹ DURÁN AYAGO, A., “Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil Pleno, 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (ROJ: STS 247/2014) Gestación por sustitución: problemas en la determinación de la filiación en España”, *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 2, 2014, pág. 277. (ISSN: 2340-5155). En http://campus.usal.es/~revistas_trabajo/index.php/ais/article/view/12784/13155 consultado el 10 de junio de 2016.

⁹² *Ibidem*, pág. 278.

además ha de constar que no se actuó vulnerando los derechos procesales de las partes – especialmente los de la madre gestante, y en concreto que ésta dio su consentimiento libre y voluntariamente, teniendo además capacidad suficiente para hacerlo–, ni tampoco el interés superior del menor. El 13 de junio de 2014 se aprobó por el Consejo de Ministros la propuesta de reforma de la Ley del Registro Civil (cuya entrada en vigor inicialmente se pospuso para julio de 2015 por la Disposición adicional decimonovena del Real Decreto Ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, y posteriormente para el 30 de junio de 2017) que establece unas directrices muy restrictivas en lo relativo al reconocimiento de la filiación de los niños nacidos a través de procedimientos de gestación subrogada en el extranjero⁹³. No obstante, la cosa no ha quedado aquí, pues posteriormente el TEDH ha tenido oportunidad de pronunciarse “sobre el alcance y la trascendencia en el establecimiento de la filiación de la gestación por sustitución”⁹⁴, dictando la STEDH *Mennesson c. France* (Demanda n.º 65192/11) y la STEDH *Labasee c. France* (Demanda n.º 65941/11), ambas de 26 de junio de 2014, condenando a Francia por no reconocer la filiación de tres niños nacidos a través de proceso de gestación subrogada. Estos casos eran bastante similares, pues ambos eran relativos a matrimonios heterosexuales franceses que habían llevado a cabo procedimientos de gestación subrogada en EEUU (California y Minnesota) –pues, como ya sabemos, hacerlo en Francia sería ilegal–, en ambos el material genético procedía del marido y de donantes de óvulos, y, en ambos casos, los padres intencionales también eran padres legales en EEUU, pero no en Francia, donde se les denegó el acceso al Registro civil en base al orden público internacional francés; los matrimonios vivían en Francia como familias, a pesar de que sus hijos no tenían la consideración de ciudadanos franceses. La gran similitud existente entre los casos da lugar a que los FJ de ambas sentencias sean coincidentes, considerando el TEDH que “el interés superior del menor es un concepto que debe plasmarse de forma indubitada en el establecimiento de la filiación, haciendo posible desde el nacimiento del niño que su filiación quede acreditada, sin que ello pueda verse afectado por el diferente tratamiento normativo sobre la gestación

⁹³ *Ibidem*, págs. 278 y 279.

⁹⁴ DURÁN AYAGO, A., “Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Mennesson c. France* (n.º 65192/11) y caso *Labasee c. France* (n.º 65941/11), de 26 de junio de 2014. Interés superior del menor y gestación por sustitución”, *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 2, 2014, pág. 280. (ISSN: 2340-5155). En http://campus.usal.es/~revistas_trabajo/index.php/ais/article/view/12785/13156 consultado el 10 de junio de 2016.

por sustitución que pueda haber en el país en que residen los padres intencionales y donde residirá el propio menor”⁹⁵.

Afirma el TEDH que la denegación de la inscripción por parte de las autoridades francesas da lugar a una vulneración del art. 8 CEDH⁹⁶ relativo al derecho al respeto a la vida privada y familiar, pues tal denegación puede dar lugar a la vulneración de este derecho que ostenta el niño al verse indeterminada su identidad filial, lo que además le privaría de su nacionalidad francesa y de los derechos derivados de ésta. No podemos obviar que el TEDH “reconoce el derecho que tienen todos los Estados a regular de la forma que consideren la gestación por sustitución (admitiéndola, prohibiéndola, ignorándola), pero también incide en que, en este caso, rechazar la filiación de los menores por el hecho de haber nacido a través de gestación por sustitución, ignorando la paternidad biológica que en ambos casos existía, es excederse en el proceder de valoración por parte de las autoridades francesas”⁹⁷. En este contexto el Ministerio de Justicia español se comprometió a aplicar de nuevo lo dispuesto por la Instrucción de la DGRN de 2010 y a incorporar el contenido de ésta al texto de la nueva Ley del Registro Civil. Ante esta situación lo propio sería llevar a cabo reformas legislativas, bien de la Ley del Registro Civil, bien de la LTRHA, añadiendo la filiación intencional a la filiación natural y a la filiación adoptiva, que actualmente son las únicas contempladas por nuestro Ordenamiento jurídico⁹⁸.

3.2.2. Una posible solución al problema: La iniciativa legislativa popular de la Asociación por la Gestación Subrogada en España

La Asociación por la Gestación Subrogada en España ha redactado una iniciativa legislativa popular con el objeto de regular la gestación por sustitución⁹⁹, garantizando los derechos de las partes intervinientes en el proceso y prestando especial atención a

⁹⁵ *Ibidem*, pág. 280.

⁹⁶ “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

⁹⁷ *Ibidem*, pág. 281.

⁹⁸ *Ibidem*, pág. 282.

⁹⁹ El texto de la iniciativa legislativa popular puede verse en <http://xn--gestacionsubrogadaenespaawoc.es/index.php/2013-10-16-13-08-07/texto-ilp> consultado el 13 de mayo de 2016.

aquellos que nazcan mediante este procedimiento¹⁰⁰. La iniciativa en cuestión encuentra su justificación en: 1) la evolución del modelo de familia; 2) el hecho de que la gestación subrogada es una realidad en España y el Derecho se encarga de regular realidades sociales; y 3) el derecho constitucional a la igualdad¹⁰¹.

Esta iniciativa legislativa entiende la gestación por sustitución como una técnica más de reproducción asistida, por lo que alude constantemente a la LTRHA, que *“sólo podrá ser usada una vez agotadas las demás técnicas de reproducción o cuando no exista posibilidad de realizar ninguna otra, es decir, queda como técnica residual”*. Se considera además en el texto de la iniciativa (art. 3.2) que estos procedimientos no pueden tener carácter lucrativo ni comercial, por lo que se acaba así con uno de los argumentos más utilizados por quienes están en contra de estos procedimientos: el argumento del comercio con seres humanos; lo que sí puede percibir la madre gestante es una compensación por *“las molestias físicas, los gastos de desplazamiento y laborales y el lucro cesante inherentes al procedimiento”* (ex. art. 3.2). Por su parte, el art. 5 hace referencia a la transferencia embrionaria y al parto, estableciendo que esa transferencia se hará conforme a lo establecido en la LTRHA y que, tras el parto, serán los padres intencionales quienes se harán cargo del niño. El contrato de gestación subrogada celebrado entre la madre gestante y los padres o madres intencionales se regula en el art. 6 de la iniciativa; dicho precepto establece que tal contrato deberá otorgarse ante Notario con anterioridad al comienzo del proceso, que deberá ser ajustado a la Ley y que deberá tener anexionado un justificante de la inscripción de la madre gestante en el Registro Nacional de Gestación por Subrogación –a cuya creación, adscrito al Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, insta esta iniciativa legislativa popular (art. 11)–, Registro ante el cual también se deberá de presentar el contrato de subrogación. Además el contrato deberá incluir en su letra una serie de previsiones: *“a) Compensación económica que percibirá la mujer gestante por subrogación y forma y modo de percepción. b) Técnicas de reproducción humana asistida que se emplearán. c) Forma, modo y responsables médicos del seguimiento del proceso de gestación y previsión del*

¹⁰⁰ RODRIGO, A., “Iniciativa legislativa popular para la regulación de la gestación subrogada en España”, *Babygest*, 2015. En <http://www.babygest.es/iniciativa-legislativa-popular-para-la-regulacion-de-la-gestacion-subrogada-en-espana/> consultado el 13 de mayo de 2016.

¹⁰¹ NAVARRO MARTÍNEZ, M.M., JIMÉNEZ GONZÁLEZ, J., MARTÍNEZ SÁNCHEZ, L., MARTÍNEZ SÁNCHEZ, L. y PINILLOS CAPEL, M.D.A., “Comentarios a la iniciativa legislativa popular de gestación subrogada”, *Revista Bioderecho.es*, Vol. 1, núm. 1, 2014, págs. 3 y 4. En <http://revistas.um.es/bioderecho/article/view/209381/167271> consultado el 13 de mayo de 2016.

lugar del parto. d) Designación de tutor, de acuerdo con lo prevenido en el art. 223 del Código Civil. e) Detalles del seguro al que hace referencia el art. 3.5 de la presente Ley”. El art. 8 hace referencia a la determinación legal de la filiación por la formalización del contrato de gestación por sustitución y la transferencia embrionaria a la madre gestante, esta filiación será inimpugnable por parte de los padres comitentes, y es que “por ser aquéllos los padres o madres definitivos, estén obligados a promover la inscripción en el Registro Civil del hijo así nacido”; los padres intencionales, para asentar a su hijo en el Registro deberán aportar copia autenticada del contrato de gestación por subrogación debidamente registrado¹⁰². Se dedica el art. 9 a la premoriencia de los padres comitentes, y, como no puede ser de otro modo, también contiene la iniciativa alusiones a la mujer gestante por subrogación (art. 3), que deberá: ser mayor de 18 años; contar con buena salud física y mental, así como con plena capacidad de obrar; haber gestado, al menos, un hijo sano con anterioridad y que no haya fallecido; disponer de estabilidad socio económica¹⁰³ y haber residido en España durante, al menos, los dos años anteriores a la firma del acuerdo¹⁰⁴.

3.2.3. Un problema añadido: ¿podrá solicitar una baja por maternidad aquella persona que no ha dado a luz a su hijo, el cual ha sido gestado en un vientre de alquiler?

Llegados a este punto, la controversia se traslada al orden social. Imaginemos que nuestra madre comitente pretende disfrutar una baja por maternidad, alegando que se ha convertido en madre tras acudir en otro país a la técnica de la maternidad subrogada. Nos encontramos ante algo novedoso, pues es una madre intencional, que no ha dado a luz a su hijo, la que solicita la baja; ya no estamos ante la figura tradicional; ahora quien solicita esta baja no es directamente la madre gestante del recién nacido –que en estos casos es la madre subrogada, la cual renuncia a su maternidad y a todos los derechos que derivan de ésta al celebrar un convenio de gestación por sustitución– sino la madre intencional, la

¹⁰² VELA SÁNCHEZ, A.J., “Comentario a la iniciativa legislativa popular para la regulación de la gestación por subrogación en España”, *Diario La Ley*, Nº 8457, Sección Doctrina, 2015, pág. 11. En file:///C:/Users/Rebeca/Desktop/32700_Vela_LL2015_Gestacion.pdf consultado el 13 de mayo de 2016.

¹⁰³ VELA SÁNCHEZ es contrario a esta exigencia, considera que el convenio de gestación subrogada “se funda en la libertad de pacto y nada debería impedir que, por ejemplo, las desempleadas pudieran hacerlo”. *Ibidem*, pág. 6.

¹⁰⁴ NAVARRO MARTÍNEZ, M.M., JIMÉNEZ GONZÁLEZ, J., MARTÍNEZ SÁNCHEZ, L., MARTÍNEZ SÁNCHEZ, L. y PINILLOS CAPEL, M.D.A., “Comentarios a...”, *op., cit.*, págs. 4 a 9.

madre comitente. La cuestión es: ¿resulta equiparable la situación de la madre comitente a la de una madre adoptiva, a la que sí se concede la baja por maternidad?

La STJUE de 18 de marzo de 2014, asunto C-167/12, C.D.¹⁰⁵, no resulta especialmente clarificadora en tanto que viene a establecer simplemente que la maternidad subrogada no es equiparable a la maternidad biológica al objeto de solicitar la baja por maternidad. Según el Tribunal, “una trabajadora, en su calidad de madre subrogante que ha tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución, no entra en el ámbito de aplicación del art. 8 de la Directiva 92/85”, por lo que, hemos de entender que “en la legislación interna de cada Estado no surgirá obligación alguna de extender a tales trabajadoras el permiso de maternidad, sin perjuicio de que a iniciativa propia así quisieran hacerlo”. Afirma el TJUE que esta situación no da lugar a ningún tipo de discriminación a estas madres intencionales trabajadoras. Ello, sin embargo, resulta contrario a la interpretación amplia y favorable de la protección de la trabajadora, que en este caso no encuentra ningún tipo de amparo. Así lo pone de relieve POLO SANCHEZ, quien, además, se muestra especialmente crítica con la sentencia por cuanto el TJUE no indica a qué puede acogerse la madre intencional, la cual, con un hijo recién nacido, deberá “acudir con normalidad a su lugar de trabajo sin poder optar a ninguna medida de conciliación”, lo que, a todas luces, da lugar a discriminación respecto, no ya de las madres biológicas, sino de las madres adoptivas, que, a fin de cuentas, tienen una situación similar a ésta¹⁰⁶.

¹⁰⁵En

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=149387&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=987520> consultado el 9 de junio de 2016.

¹⁰⁶ POLO SÁNCHEZ, M.C., “Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de marzo de 2014, asunto C-167/12, C.D. La maternidad subrogada no es equiparable a la maternidad biológica al objeto de solicitar permisos por tal contingencia”, *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 2, 2014, págs. 306 y 307. (ISSN: 2340-5155).

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La gestación subrogada es una técnica de reproducción asistida en que es esencial la voluntad y consentimiento de las partes; sin embargo, determinados Ordenamientos jurídicos, como el español, la prohíben por considerarla una especie de compraventa de niños y una mercantilización del cuerpo de la mujer (el art. 10 LTRHA prohíbe la gestación subrogada). En España “madre es la que pare”; la filiación se determina por el parto, y, por tanto, no puede considerarse madre natural a una madre intencional. Se impide así el juego de la libertad a efectos de manifestar la voluntad de las personas en relación a la filiación a través de esta técnica. En las sociedades liberales, cada persona, bien de forma autónoma, bien en pareja, ha de poder elegir cuándo y cómo formar una familia, aunque ello se aparte del concepto de familia tradicional, y siempre y cuando no suponga peligro alguno para el orden social.

SEGUNDA.- La gestación subrogada es una práctica creciente en las sociedades actuales –y menos visible de lo que pensamos–; teniendo en cuenta que vivimos en una sociedad cada vez más tendente a la globalización, la mejor solución a esta realidad no puede ser otra que la de regular este tipo de procedimientos, encontrando en ello una manifestación del carácter evolutivo del Derecho, que en un principio no regula estas situaciones por no existir las mismas en tiempos anteriores, pero al aparecer tales se adapta el Derecho a las mismas. Por ende debería tenderse al cambio legislativo al ser la gestación subrogada una simple continuación de las técnicas de reproducción asistida.

En esta situación nuestro Ordenamiento jurídico, que, como ya hemos dicho, no permite estas prácticas, no da solución a quienes anhelan tener hijos y no pueden conseguirlo biológicamente por determinadas circunstancias personales; esto les lleva a acudir a celebrar contratos de gestación subrogada en Estados cuyos Ordenamientos jurídicos permiten estas prácticas.

TERCERA.- La regulación aportada por nuestro Ordenamiento jurídico no parece dar una respuesta estable a la problemática derivada de la inscripción de la filiación de los nacidos mediante vientre de alquiler en otros Estados en el Registro Civil español. Existe una situación de inseguridad para quienes llevan a cabo esos contratos, pues la denegación de la inscripción en el Registro Civil español da lugar a que en nuestro país la madre legal sea la madre gestante, mujer que no guarda relación ni biológica ni afectiva con el niño, y en ningún caso lo será la madre intencional, que puede ser madre genética

a un mismo tiempo. Sin embargo, el padre intencional, sí es a un mismo tiempo padre biológico, puede reclamar para sí la filiación de ese niño de acuerdo a la normativa española (art. 10.3 LTRHA).

CUARTA.- El niño nacido de un vientre de alquiler se sitúa en una especie de limbo jurídico en lo relativo a su filiación, lo cual atenta contra el principio del interés superior del menor, que exige que el niño tenga determinada una filiación desde su nacimiento. Velando por el interés superior de ese menor habrá que plantearse si no es la mejor opción que el niño permanezca con su padre/s o madre/s intencional/es, quien lo desea de verdad y está dispuesto a proporcionarle todo lo necesario (también desde un punto de vista afectivo).

QUINTA.- Resulta evidente la necesidad de abordar en España la tarea de regular estas situaciones, teniendo en cuenta, al menos, que la figura de la gestación subrogada existe y que, aunque no pueda utilizarse en España, seguirá siendo una técnica practicada en el extranjero, y no podemos dejar desamparadas a aquellas personas que la ejercitan.

En este contexto no podemos obviar que diferentes países de nuestro entorno están avanzando al respecto, tal es el caso de Portugal, que este mismo año ha llevado a cabo una regulación de este fenómeno, que, aunque restrictiva, supone un gran paso hacia adelante.

SEXTA.- Del mismo modo que se precisa de una regulación nacional concienciada con la realidad social, también resulta imprescindible llevar a cabo una armonización de este fenómeno a nivel internacional, pues las regulaciones en los diferentes Estados son realmente variopintas, lo que induce a un caos mayor.

Como dijo Miguel de Unamuno *“El progreso consiste en renovarse”*, y esto es lo que hoy hemos de hacer con el Derecho.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ, A., “Gestación subrogada en Estados Unidos”, *Babygest*, 2016, en <http://www.babygest.es/estados-unidos/> consultado el 6 de abril de 2016.
- ÁLVAREZ, N., “Gestación subrogada en Estados Unidos”, *Babygest*, 2016. En <http://www.babygest.es/estados-unidos/> consultado el 13 de mayo de 2016.
- ÁLVAREZ, N., “Gestación subrogada en México”, *Babygest*, 2015. En <http://www.babygest.es/mexico/> consultado el 22 de marzo de 2016.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Hijos made in California”, *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 3/2009, 2012. (BIB 2009\411).
- BUSTILLO, V., “El vientre de la vida estaba en Tiflis”, *El Mundo*. En <http://www.elmundo.es/cronica/2015/07/26/55b37bea268e3ed4258b4572.html> consultado el 8 de abril de 2016.
- CABASÉS, L., “Inscrito en Navarra el primer bebé de gestación subrogada”, *Noticias de Navarra*, 2014. En <http://www.noticiasdenavarra.com/2014/10/08/sociedad/navarra/inscrito-en-navarra-el-primer-bebe-de-gestacion-subrogada> consultado el 12 de abril de 2016.
- CALDERÓN, V., “El vacío legal impide registrar a los hijos de una pareja gay española”, *El País*, 2015. En http://internacional.elpais.com/internacional/2015/02/11/actualidad/1423683981_519760.html consultado el 10 de abril de 2016.
- CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “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*, Vol. 3, Nº 1, 2011. En <http://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/1077> consultado el 9 de mayo de 2016.
- CERDÁ SUBIRACHS, J., “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”, *La Ley*, núm. 4893, 2011. En http://www.cerda-advocats.com/web_catala/MATERNIDAD_SUBROGADA_files/La_insostenible_legalizacio%CC%81n_de_facto_de_la_maternidad_subrogada_en_Espan%C%83a._A_propo%CC%81sito_de_la_Instru....pdf consultado el 10 de mayo de 2016.

- DEL GALLO, P., “La pareja de Asturias retenida en la India con sus bebés podrá regresar a España”, *El Mundo*, 2013. En <http://www.elmundo.es/elmundo/2013/08/29/espana/1377774180.html> consultado el 9 de abril de 2016.
- DURÁN AYAGO, A., “Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Mennesson c. France (n.º 65192/11) y caso Labassee c. France (n.º 65941/11), de 26 de junio de 2014. Interés superior del menor y gestación por sustitución”, *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 2, 2014. (ISSN: 2340-5155). En http://campus.usal.es/~revistas_trabajo/index.php/ais/article/view/12785/13156 consultado el 10 de junio de 2016.
- DURÁN AYAGO, A., “Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil Pleno, 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (ROJ: STS 247/2014) Gestación por sustitución: problemas en la determinación de la filiación en España”, *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 2, 2014. (ISSN: 2340-5155). En http://campus.usal.es/~revistas_trabajo/index.php/ais/article/view/12784/13155 consultado el 10 de junio de 2016.
- 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*, 2010. En http://www.indret.com/pdf/711_es.pdf consultado el 9 de abril de 2016.
- FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, A.S., “Eficacia Jurídico-Registral del contrato de gestación subrogada”, *Aranzadi Doctrinal*, 2011. (BIB 2011\1357)
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *El derecho a la reproducción humana*, Marcial Pons, Madrid 1994.
- JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., “Denegación de la inscripción de la filiación determinada por la celebración de un contrato de gestación por sustitución. Comentario a la STS 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (RJ 2014, 736)”, *Revista boliviana de Derecho*, núm. 18, 2014. (ISSN: 2070-8157).
- LAMM, E., “Gestación por sustitución. Realidad y Derecho”, *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, 201. En http://www.indret.com/pdf/909_es.pdf consultado el 9 de abril de 2016.
- LLEDÓ YAGÜE, F., “Reflexión jurídica sobre las nuevas formas de concepción humana”, *La Ley*, 1985. En

- <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=73176> consultado el 10 de junio de 2016.
- LLEDÓ YAGÜE, F., “Reflexiones personales en torno a la fecundación post mortem y la maternidad subrogada: el examen de algunos supuestos de la práctica jurídica”, en DÍAZ MARTÍNEZ, A. (Coord.), *Régimen jurídico-privado de la reproducción asistida en España: el proceso legal de reformas*, Dykinson, Madrid, 2007.
 - LÓPEZ PELÁEZ, P., “Aproximación jurídica del acuerdo de gestación por sustitución (Madres de Alquiler) en el Derecho español”, en ALAVENTOSA DEL RÍO, J., y MOLINER NAVARRO, R. (Coords.), *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Enrique Lalaguna Domínguez*, Vol. I, Universidad de Valencia, Valencia, 2008.
 - MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M., y MASSIGOGE BENEIGU, J.M., *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho Español*, Dykinson, Madrid, 1994.
 - MARTÍNEZ VAL, J.M., “Biojurídica: Realidad y horizontes”, *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, Revista Jurídica General*, 1986.
 - MIRET, C., “Gestación subrogada en Georgia”, *Babygest*, 2016. En <http://www.babygest.es/georgia/> consultado el 13 de mayo de 2016.
 - NAVARRO MARTÍNEZ, M.M., JIMÉNEZ GONZÁLEZ, J., MARTÍNEZ SÁNCHEZ, L., MARTÍNEZ SÁNCHEZ, L. y PINILLOS CAPEL, M.D.A., “Comentarios a la iniciativa legislativa popular de gestación subrogada”, *Revista Bioderecho.es*, Vol. 1, núm. 1, 2014. En <http://revistas.um.es/bioderecho/article/view/209381/167271> consultado el 13 de mayo de 2016.
 - PALACIOS ALONSO, M., “Ley sobre técnicas de reproducción asistida (35/88): de 1988 a 2005”, en MORILLAS CUEVAS, L. / BENÍTEZ ORTUZAR, I. / PERIS RIERA, J. (Coords.), *Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina*, Dykinson, Madrid, 2005.
 - POLO SÁNCHEZ, M.C., “Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de marzo de 2014, asunto C-167/12, C.D. La maternidad subrogada no es equiparable a la maternidad biológica al objeto de solicitar permisos por tal contingencia”, *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 2, 2014. (ISSN: 2340-5155).

- RODRIGO, A., “Gestación subrogada en Grecia”, *Babygest*, 2015. En <http://www.babygest.es/estados-unidos/> consultado el 9 de abril de 2016.
- RODRIGO, A., “Gestación subrogada en India”, *Babygest*, 2015. En <http://www.babygest.es/india/> consultado el 9 de abril de 2016.
- RODRIGO, A., “Gestación subrogada en Rusia”, *Babygest*, 2016. En <http://www.babygest.es/rusia/> consultado el 12 de abril de 2016.
- RODRIGO, A., “Gestación subrogada en Ucrania”, *Babygest*, 2015. En <http://www.babygest.es/ucrania/> consultado el 12 de abril de 2016.
- RODRIGO, A., “Iniciativa legislativa popular para la regulación de la gestación subrogada en España”, *Babygest*, 2015. En <http://www.babygest.es/iniciativa-legislativa-popular-para-la-regulacion-de-la-gestacion-subrogada-en-espana/> consultado el 13 de mayo de 2016.
- VELA SÁNCHEZ, A.J., “Comentario a la iniciativa legislativa popular para la regulación de la gestación por subrogación en España”, *Diario La Ley*, N° 8457, 2015. En <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4910824> consultado el 13 de mayo de 2016.
- VELA SÁNCHEZ, A.J., *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*, Comares, Granada, 2012.
- VIDAL MARTÍNEZ, J., “Las nuevas formas de reproducción humana ante el Derecho Civil: Introducción y panorama general”, *Revista General de Derecho*, 1986.