



**VNiVERSiDAD
D SALAMANCA**

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL

TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

Departamento Derecho Privado.

Área de Derecho Civil.

Curso 2016/2017

GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

Alba Elena Marcos Morales

Dirigido por: Nieves Martínez Rodríguez

Junio 2017

TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

Departamento Derecho Privado.

Área de Derecho Civil.

GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

SURROGATE PREGNANCY

**Alba Elena Marcos Morales.
ae.marcos@hotmail.com**

Nieves Martínez Rodríguez.

RESUMEN (15 líneas)

Los avances y progresos científicos han desarrollado nuevas técnicas de reproducción asistida como alternativa al problema de la esterilidad. El nuevo abanico de posibilidades que se ofrecen plantea diversos problemas en la actualidad. Entre dichas técnicas destacamos la gestación por sustitución, que se ha convertido en una opción muy demandada en los últimos tiempos por aquellas parejas que no pueden tener hijos biológicos.

El presente Trabajo de Fin de Grado titulado “Gestación Por Sustitución”, analiza, no sólo los aspectos legales y procedimentales de esta técnica en España, sino también su situación legal a nivel mundial. Así como sus efectos y consecuencias. Se estudia las dificultades que conllevan su determinación, reconocimiento e inscripción en el Registro Civil.

Se examina el *iter* jurisprudencial que ha tenido lugar en España en lo referente a la inscripción.

También el fenómeno evolutivo que se ha producido en cuanto a la concesión de la prestación de maternidad en casos de gestación subrogada, avalado por un reciente pronunciamiento del Tribunal Supremo.

Por último, se hace referencia a los argumentos a favor y en contra de esta técnica y se exponen posibles soluciones.

PALABRAS CLAVE (entre 3 y 6): gestación por sustitución, maternidad, filiación, inscripción, prohibición, regulación.

ABSTRACT

The advances and scientific progress have developed new techniques of assisted reproduction as an alternative to the problem of infertility. The new range of possibilities offered sets out several problems at the moment. Among these techniques we emphasize gestation by substitution, which has become an option demanded in recent times by those couples who can not have biological children.

This Final Degree Project entitled “Surrogate Pregnancy”, analyzes, not only the legal and procedural aspects of this technique in Spain, but also its legal situation at world-wide level. As well as its effects and consequences. It examines the difficulties that involve its determination, acknowledgement and registration in the Civil Registry. It examines the jurisprudential *iter* that has taken place in Spain regarding the inscription.

Also the evolutionary phenomenon that has happened in regard to the granting of maternity benefit in cases of surrogate gestation, backed by a recent pronouncement by the Supreme Court.

Finally, we make reference to the arguments for and against of this technique and possible solutions are showed.

KEYWORDS: surrogate pregnancy, maternity, filiation, registration, prohibition, regulation.

ÍNDICE

ÍNDICE.....	4
ABREVIATURAS	6
I. INTRODUCCIÓN	7
II.CUESTIONES PREVIAS DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.....	8
i. Concepto	8
ii. Terminología	10
iii. Causas	12
iv. Modalidades	14
III.DELIMITACIÓN NORMATIVA.....	16
i. Marco legal mundial.....	16
1) India.	17
2) Estados Unidos	18
3) Reino Unido.....	21
4) Alemania.....	22
ii.Ordenamiento jurídico español.....	22
a. Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida 22	
b. Código Civil.....	23
c. Constitución Española de 1978.....	24
d. Sanciones relativas a la gestación por sustitución	24
e. Registro Civil	25
iii.Tratamiento jurisprudencial.....	27
a) La resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009	28
b) La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Valencia de 15 de septiembre de 2010.....	28
c) La Instrucción de la DGRN de 5 octubre de 2010	29

d) Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia 826/2011, de 23 de noviembre	30
e) Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 6 de febrero de 2014	31
f) Auto del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil de 2 de febrero de 2015	32
IV.LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO CIVIL ESPAÑOL.....	33
V.GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN Y PRESTACIÓN DE MATERNIDAD....	37
VI.CUESTIONES FINALES RELATIVAS A LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.....	41
i. Posturas y argumentos en contra y a favor	41
ii. Posibles soluciones	46
VII.CONCLUSIONES	50
VIII.ANEXOS.....	53
BIBLIOGRAFÍA	54
Legislación.....	57
Jurisprudencia	59
Páginas webs	60

ABREVIATURAS

BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil Español
CE	Constitución Española
CP	Código Penal
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
EEUU	Estados Unidos
ESHRE	European Society of Human Reproduction and Embryology
ET	Estatuto de los trabajadores
FIV	Fecundación in vitro
HFEA	Human Fertilisation and Embryology Act de 2008
ICMR	Indian Council of Medical Research
LCJIMC	Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil del 30 de julio de 2015
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LRC	Ley del Registro Civil
LTRHA	Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida
RC	Registro Civil
RDL	Real Decreto Ley
RRC	Reglamento del Registro Civil
RU	Reino Unido
SS	Seguridad Social
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TS	Tribunal Supremo
VIH	Virus de inmunodeficiencia humana

I. INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas se ha producido un gran fenómeno evolutivo en cuanto al problema de la infertilidad, gracias a la ciencia y a la medicina reproductiva. Con anterioridad a este progreso, cuando un hombre o una mujer eran estériles, la única vía que poseían para ser padres o madres legales era la vía de la adopción. Hoy en día, gracias a técnicas como la gestación por sustitución pueden alcanzar esa realidad sin necesidad de acudir a la adopción. En esta práctica la mujer que gesta al niño va a ser distinta a la madre legal del mismo.

La decisión de escoger como pilar de mi Trabajo de Fin de Grado la gestación por sustitución resulta del gran debate sobre su legalidad y la disputa que suscita en el campo del Derecho de Familia español, en el que se encuentra prohibida por el artículo 10 de la LTRHA. Anteriormente, la gestación por sustitución era una cuestión desconocida para mí, pero a medida que he ido introduciéndome en el tema mi interés ha ido aumentando al comprobar la polémica que genera y al ser consciente realmente de la cantidad de personas que deciden optar por la maternidad subrogada como única solución viable después de intentar otras opciones.

La finalidad de este Trabajo de Fin de Grado es la de conocer la gestación por sustitución desde su concepto hasta las argumentaciones proporcionadas por diferentes sectores, para así poder comprenderla y formar una opinión al respecto.

El trabajo comienza explicando las cuestiones previas de la gestación por sustitución, tales como su concepto, terminología, causas que la originan y las diferentes modalidades existentes.

A continuación, se hace referencia a la delimitación normativa de la misma, dentro de la cual diferenciamos entre el marco legal a nivel mundial, donde se analiza la situación en diferentes países; el ordenamiento jurídico español, en el que se reseña la normativa que compone el panorama legislativo español en este ámbito; y el tratamiento jurisprudencial español, exponiendo el *iter* jurisprudencial que se ha ido desarrollando en España al cabo de los años.

El siguiente punto a tratar y quizás uno de los más controvertidos, es la inscripción en el Registro Civil Español de la resolución extranjera mediante la cual se establece la filiación del menor a favor de los padres comitentes.

También consideré interesante introducir otro punto que había sufrido una reciente evolución a consecuencia de un pronunciamiento del Tribunal Supremo, y que refuerza en cierta medida su acercamiento a la legalidad desde mi punto de vista. En este caso hablamos de la concesión de la prestación de maternidad en casos de gestación por sustitución, ya que inicialmente no estaba considerada como una situación protegida.

Por último, las cuestiones finales relativas a la gestación por sustitución, dentro de las cuales hablamos de las posturas y argumentos en contra y a favor de esta práctica y también de las posibles soluciones, mediante la regulación de un convenio que controle esta situación y permita desarrollarla de una manera óptima para todos los intervinientes en dicho proceso.

II. CUESTIONES PREVIAS DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

i. Concepto

En primer lugar vamos a hacer referencia a la evolución del concepto de gestación por sustitución.

En la doctrina encontramos numerosas concepciones de gestación por sustitución pero nos vamos a centrar en las más reveladoras.

Una de las primeras definiciones fue la de COLEMAN¹, para quien “la maternidad subrogada es una aplicación novel de la técnica de la inseminación artificial que resulta en el nacimiento de una criatura con un nexo biológico unilateral a la pareja infértil. La gestante es una mujer fértil que conviene que, mediante un contrato, se la insemine artificialmente con el semen de un hombre casado con otra mujer, gestar el niño y darla a luz o procrearla. Una vez nacido el niño, la gestante o suplente renuncia su custodia a favor del padre biológico y, además, termina todos sus derechos de filiación sobre el niño para que la esposa del hombre con cuyo semen fue inseminada la adopte”.

¹ COLEMAN, P., *Surrogate motherhood: analysis of the problems and suggestions for solutions*, Tennessee Law Review, 50, 1982, pp. 71-118.

Como se puede observar, para este autor, solo se admite la gestación por sustitución mediante la inseminación artificial y en la que la gestante aporte sus propios gametos. Por otro lado, los comitentes, deben ser una pareja heterosexual y también casada. Se requiere el requisito de que la mujer sea infértil y el hombre aporte su material genético. Se prevé además una solución distinta de la transferencia de la filiación inicialmente reconocida en la mujer gestante, ya que al hombre se le reconoce directamente como padre, mientras a la mujer, se la exige una adopción para que le sea reconocida dicha filiación.

Podemos llegar a la conclusión de que la definición de COLEMAN² está desactualizada en muchos aspectos, pero lo cierto es que se recurre a ella ante la falta de regulación o prohibición legal.

Con el transcurso del tiempo fueron apareciendo otras definiciones, pudiendo considerarlas más actuales que la citada anteriormente. En ellas, no se distingue la técnica que da origen al embarazo ni tampoco se advierte la necesidad de que la gestante aporte o no sus propios gametos. Además son más amplias en relación a las exigencias del ámbito subjetivo.

En segundo lugar podemos encontrar la definición de BRAZIER³, según el cual, la gestación por sustitución es “la práctica mediante la cual una mujer lleva un embarazado para otra persona o personas como resultado de un acuerdo, previo a la concepción, de que el niño debe ser entregado a esa o esas personas después de nacer”.

En esta misma línea podemos ubicar a GÓMEZ SÁNCHEZ⁴, para quien “se llama maternidad subrogada, gestación de 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 en favor de otra mujer que figurara como madre de este”.

Podemos también mencionar el *Informe Warnock de Reino Unido*, que ha definido a la gestación por sustitución como “la práctica mediante la cual una mujer gesta o lleva en su vientre un niño para otra mujer, con la intención de entregárselo después de que nazca”.

² COLEMAN, P., *Surrogate motherhood...*, cit., pp. 71-118.

³ BRAZIER, M., CAMPBELL, A., GOLOMBOK, S., “Surrogacy: Review for Health Ministers of current arrangements for payments and regulation” (CM. 4068). *Department of Health*, Londres, 1998.

⁴ GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *El derecho a la reproducción humana*. Marcial Pons, Madrid, 1994, p. 136.

Estas definiciones no establecen la posibilidad de que la pareja comitente este formada por dos hombres o por un hombre solo. Lo que supone un nuevo paso en la evolución de este concepto.

En esta línea se localiza PÉREZ MONGE⁵, quien, la delimita intentando adoptar una definición que contemple los tipos de la gestación por sustitución, a los que nos referiremos posteriormente. Define dicha figura “como aquel contrato oneroso o gratuito, por el cual una mujer aporta únicamente la gestación, o también su oculto, 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).”

Finalmente, siguiendo esta misma trayectoria podemos ubicar a VELA SÁNCHEZ⁶, que establece que “la gestación por sustitución es un fenómeno social –en pleno proceso de expansión- por el cual una mujer, mediante contraprestación o sin ella, se compromete a gestar un bebé para que otra u otras personas puedan ser padres, biológicos o no”.

Como conclusión podemos determinar que la gestación por sustitución se trata de una modalidad de reproducción asistida, gracias a la misma, una persona denominada gestante, llega a un acuerdo con otra persona o con una pareja, a los que nos referimos como comitente o comitentes, de gestar un embrión con el objetivo de que se originen vínculos jurídicos de filiación entre la persona nacida y la parte comitente del acuerdo. Es una técnica de reproducción asistida que permite tener hijos a aquellas familias que no pueden llevar a cabo el proceso fisiológico del embarazo, y por lo tanto se lo encomiendan a una persona ajena.

El beneficio de esta técnica consiste en que una madre puede tener hijos propios genéticamente, aun cuando su útero carezca de funcionalidad.⁷

ii. Terminología

Tras realizar el estudio relativo a la evolución conceptual de la gestación por sustitución podemos introducirnos en el marco de la terminología.

⁵ PÉREZ MONGE, M., *La filiación derivada de técnica de reproducción asistida*. Centro de Estudios Registrales, Fundación Beneficencia et Peritia Iuris, Madrid, 2002, p. 239.

⁶ VELA SÁNCHEZ, A., J., “La gestación de sustitución o maternidad subrogada: El derecho a recurrir a las madres de alquiler”, *Diario La Ley*, núm. 7608, Sección Doctrina, 11 de abril de 2011, pp. 1-15.

⁷ LAMM, E., *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 2013, pp. 22, 23 y 24.

La gestación por sustitución es conocida de forma más general como maternidad subrogada, sin perjuicio de poder utilizar ambos términos indistintamente.

Además de los dos mencionados anteriormente, podemos también mencionar otros, también usuales, por ejemplo: maternidad subrogada, gestación por sustitución, alquiler de útero, madres portadoras, alquiler de vientres, donación temporaria de útero, gestación subrogada, maternidad de alquiler o encargo.

Se puede observar que no existe una uniformidad terminológica en el derecho comparado:

- A partir del mencionado *Informe Warnock*, en RU se utiliza el término “*surrogate mother*”, aunque la figura es conocida como “*surrogacy*”.
- En Francia son varias las expresiones utilizadas, “*mère de substitution, mère porteuse, prêt d’uterus*”.
- En Italia se emplea tanto la expresión, “*affitto di útero*” como “*locazione di útero*”.
- En Alemania se utiliza comúnmente la expresión “*Leihmutter*”.
- En España, la legislación hace referencia a la “*gestación por sustitución*”, aunque más frecuentemente son utilizados los términos como “*maternidad subrogada, vientre de alquiler, madres portadoras y madres gestantes*”.
- En México, el Código Civil de Coahuila habla de “*maternidad subrogada*”, y el Código Civil de Tabasco distingue entre “*maternidad subrogada y maternidad gestante sustituta*”. Esta distinción se manifiesta según si la gestante aporta o no material genético.

El desarrollo de esta figura y las distintas situaciones, han permitido detectar que la expresión subrogación no es jurídicamente correcta porque no engloba todas ellas. Atendiendo a la acepción que el diccionario de la Real Academia Española le otorga a la palabra subrogación, podemos decir que consiste en “sustituir o poner una persona o cosa en lugar de otra”, por lo tanto solo se identifica con aquellos supuestos en los que la gestante aporta tanto el proceso de gestación como el material genético. Tenemos que especificar que esto no ocurre en la mayoría de los casos.

Tampoco sería adecuada la palabra maternidad, porque la gestante no es la madre, a pesar de que la gestación antes de la aparición de las técnicas de reproducción asistida estaba indisolublemente unida a la maternidad, muestra de ello es el principio del Derecho Romano expresado mediante la fórmula: “*mater semper certa est*”, según el cual, la filiación materna se determina por medio del parto, y como consecuencia no es

impugnabile. Este principio ha sido asumido por el derecho de familia español y es el que rige actualmente. Aunque tenemos que precisar que dicho principio ha quedado obsoleto a consecuencia del desarrollo de las técnicas de reproducción asistida.

La maternidad engloba una realidad bastante más amplia que la identificada con el proceso de gestación, ya que el estado de madre se trata de un proceso que comienza desde la etapa de querer ser madre, y se prolonga por mucho tiempo después del alumbramiento, a la cual podemos llamar como, la etapa de tener que ser madre.

Como conclusión podemos afirmar que no es correcto utilizar el término de maternidad, ya que la maternidad es algo demasiado amplio para encargarlo o subrogarlo.

La denominación más adecuada sería “*gestación de sustitución*”, promovida por SOUTO GALVÁN⁸.

En España es la terminología adoptada por el artículo 10⁹ de la Ley 14/2006, de 26 de mayo¹⁰, en adelante, LTRHA, además de ser también acuñada por la Comisión Especial de la Fecundación in Vitro y la Inseminación Artificial Humanas (Comisión Palacios).¹¹

iii. Causas

Podemos exponer las diversas variantes de gestación por sustitución en función de las personas que participan en la misma y también en base a las motivaciones para llevar a cabo el proceso. Estas motivaciones no tienen un mismo grado de aceptación social, algunas son más toleradas y otras más discutidas y censurables desde el punto de vista ético y moral.

El siguiente análisis se centrará en las motivaciones más significativas.

En primer lugar, podemos hacer referencia al supuesto en el que una mujer está casada pero no puede gestar en su propio útero, bien porque se ve afectada por alguna malformación o por carecer de él. Pero en este caso sus propios óvulos sí serían aptos para llevar a cabo una fecundación, por lo que, a través de la FIV, utilizando los gametos de la pareja de la mujer en cuestión, se implanta el embrión en otra mujer que

⁸SOUTO GALVÁN, B., “Aproximación al estudio de la gestación de sustitución desde la perspectiva del bioderecho”, *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Madrid, 2005, pp. 276-278.

⁹ El artículo 10 de la LTRHA hace referencia a dicha técnica, a tenor del cual se expone lo siguiente: “*Artículo 10. Gestación por sustitución:*

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.”*

¹⁰ Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

¹¹ LAMM, E., *Gestación por sustitución...cit.*, pp. 24, 25 y 26.

se preste voluntariamente. Este es el caso más plausible y menos cuestionado, cuando la mujer que se ofrece voluntaria para ello es una amiga de la pareja o la hermana de la mujer, ya que este acuerdo tendría unos fines meramente filántropos, no se trataría de un acuerdo oneroso y además existe una relación proporcionada entre los actores.

En esta situación podemos preguntarnos qué pasaría si en lugar de implantar el embrión a una hermana o amiga, se le implantase a la abuela. También surge la cuestión en relación a las personas homosexuales o transexuales.¹² Podemos traer a colación el caso de Thomas Beatie, un hombre transexual que nació mujer y posteriormente se operó convirtiéndose en un hombre, pero conservando su útero. Dio a luz a una niña en el año 2008 y tuvo otro hijo a mediados del 2009. Este caso no fue un supuesto de subrogación, pero podría haberlo sido, aunque sería objeto de escándalo para algunas personas como mencionábamos anteriormente.¹³

En segundo lugar, podemos hacer referencia a otra forma de subrogación, también bastante habitual, ya que se lleva a cabo cuando por ejemplo la mujer no puede utilizar sus propios óvulos. Se recurre a una mujer que mediante un contrato monetario, presta como servicios, la gestación y el alumbramiento del hijo, ya sea utilizando los óvulos de esta o de una tercera donante y el espermatozoides del padre, de un donante anónimo o conocido.

En tercer lugar, también puede tener como causa originaria la gestación por sustitución, la elección por parte de varones gays de esta técnica como vía de acceso a la paternidad. Dentro de esta modalidad podemos distinguir tanto a hombres solteros como en pareja, que contactan con la mujer gestante, pudiendo utilizar el óvulo de dicha mujer o de otra persona y su espermatozoides en el caso que sean pareja, bien de uno de ellos o combinando el de ambos. También pueden acudir a un banco de donantes.

Esta variante suele ser objeto de críticas por varias razones, por la orientación sexual de los padres y fundamentalmente por la privación de la existencia de una madre para ese hijo o hija.¹⁴

¹² MARTÍN CAMACHO, J., “Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores”, 2009, p. 3. Puede verse en la siguiente dirección web: <http://www.fundacionforo.com/pdfs/maternidadsubrogada.pdf>

¹³ BELKIN, L., “The Pregnant Man Is Pregnant Again”, *The New York Times*, 2008, p.1.

¹⁴ MARTÍN CAMACHO, J., “Maternidad subrogada...cit., p. 4. Puede verse en la siguiente dirección web: <http://www.fundacionforo.com/pdfs/maternidadsubrogada.pdf>

Como ejemplo podemos hacer referencia a casos mediáticos, tales como el de Elton John. Elton John y su pareja primeramente trataron de adoptar un niño ucraniano pero su aplicación fue bloqueada porque el país prohíbe la adopción por las parejas homosexuales. John y Furnish terminaron por buscar la ayuda de una madre subrogada en Gran Bretaña. También podemos mencionar un caso popularmente conocido, que es el del cantante Ricky Martin quien por el método de subrogación tuvo gemelos en el año 2008.

Por último podemos indicar que la gestación por sustitución también puede tener su causa en que una mujer dese tener un hijo, pero no quiera quedarse embarazada. La gestación por sustitución permite tener al bebé sin soportar los meses de gestación. En algunos estados esta elección de gestación subrogada no está aprobada ya que se exige una argumentación médica para poder llevar a cabo esta práctica reproductiva.

En relación a la madre subrogada, podemos decir que son dos las razones cardinales por las que decide prestar su cuerpo. Por un lado, la intención altruista, generosa y deliberada de ayudar a otras personas y de otro, pueden existir razones económicas; es decir, decide quedarse embarazada a cambio de una contraprestación económica.¹⁵

iv. Modalidades

Tras el estudio relativo al concepto, continuaremos por la distinción entre las diversas modalidades de gestación por sustitución.

La doctrina distingue dos tipos dentro de la gestación por sustitución: la tradicional y la gestacional.

- Gestación por sustitución tradicional: esta modalidad se caracteriza porque la gestante aporta ambas cosas, es decir, tanto la gestación como sus propios gametos. Puede darse también, la situación de que el semen provenga del comitente (casado o en pareja con una mujer u otro hombre, o ser un hombre solo) o de un donante. En este último caso, el comitente o comitentes no aportarían material genético a dicha gestación.

En la gestación por sustitución tradicional, si hay comitente mujer, esta carece de vínculo genético con el embrión.¹⁶

En estos casos, los gametos serán introducidos en la madre portadora a través de la técnica de la fecundación in vitro (FIV).¹⁷ Tenemos que precisar, que esta modalidad, también puede ocurrir en circunstancias informales, a través del sexo o sin la participación de los profesionales sanitarios.

- Gestación por sustitución gestacional: esta modalidad de gestación por sustitución se caracteriza porque la gestante solamente aporta la gestación, es decir no aporta sus

¹⁵ Puede verse en la siguiente dirección web (última visita: 05/01/2016) : <http://www.babygest.es/razones-de-la-maternidad-subrogada/>

¹⁶ LAMM, E., *Gestación por sustitución...cit.*, pp. 27 y 28.

¹⁷ VILAR GONZÁLEZ, S., "Situación actual de la gestación por sustitución", *Revista de Derecho UNED*, 2014, p. 901.

propios gametos u óvulos, ya que estos serán aportados por la comitente, siempre que esta exista y pueda hacerlo en tal caso, en su defecto serán aportados por una donante. Respecto a las variantes, podemos indicar diversas situaciones, puede que los dos comitentes aporten material genético, como por ejemplo sería el caso de una pareja de heterosexuales en los que la gestante gesta el embrión formado por los gametos de los comitentes.¹⁸ En este caso la pareja comitente aporta totalmente el “material genético”. Otra modalidad es que la mujer comitente aporte el óvulo fecundado por un donante anónimo.

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

Y la última modalidad consiste en que el “material genético” no es de ninguno de los padres comitentes, es decir, es aportado por personas ajenas a los comitentes o al comitente y la madre subrogada tan sólo cede su útero y gesta al embrión.¹⁹

Dentro de las modalidades de gestación por sustitución, también podemos distinguir entre realizar dicha práctica de un modo altruista, es decir, de forma gratuita, sin contraprestación alguna a cambio de la misma (aunque en algunos ordenamientos jurídicos se permite que se satisfagan los gastos estrictamente necesarios derivados de la gestación), y entre la conocida “subrogación comercial”, en la que la gestación se lleva a cabo a cambio de una contraprestación o precio.

Debido a la aparición de nuevas técnicas de reproducción asistida, del nacimiento del primer bebe probeta de la humanidad, Louise Brown en Reino Unido en julio de 1978, y como consecuencia, de nuevos medios para formar una familia, han quedado obsoletos los supuestos del artículo 108 del Código Civil (en adelante CC), que se dividen, por un lado, en filiación por naturaleza, dentro de la misma podemos distinguir entre matrimonial o no matrimonial; y por otro lado en filiación por adopción. Por lo tanto se muestra claramente que el Derecho está algo retardado con respecto a la realidad social existente. Ello se debe a los numerosos debates y dilemas éticos que se originan en relación a estas técnicas, especialmente en torno a la técnica de la gestación por sustitución, que da lugar claramente, al quebrantamiento de los principios jurídicos

¹⁸ LAMM, E., *Gestación por sustitución...cit.*, p.28.

¹⁹ VELA SÁNCHEZ, A.J., “*Gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler*”, Diario La Ley, nº 7608, Sección Doctrina, 11 de abril de 2011, pp.1 y 2.

clásicos de Derecho Romano: “mater semper certa est” y “pater est quem nuptiae demonstrant”, ya que consiente separar el hecho de tener hijos de la unión sexual entre el varón y la mujer; e incluso que se pueda procrear sin la participación biológica-genética de la pareja y/o sin su conocimiento.²⁰

III. DELIMITACIÓN NORMATIVA

i. Marco legal mundial

El marco normativo de la gestación por subrogación no ofrece una solución única. Siguen existiendo países que carecen de regulación para dicha técnica, y dentro de los estados que sí gozan de regulación para la gestación por sustitución, podemos distinguir tres posturas diferentes:²¹

- A. En primer lugar, podemos hacer alusión a la postura que admite ampliamente esta técnica, ya sea a título oneroso o bien a título gratuito. Dentro de este grupo podemos incluir varios estados de los EEUU, países como Rusia, India, Ucrania, Georgia, Armenia o el estado de Sinaloa en México.
- B. En segundo lugar, encontramos un grupo de países que la admiten cuando es altruista y bajo ciertas condiciones. Estos requisitos suelen estar relacionados mayoritariamente con incidencias médicas en la madre comitente. Los países son: Reino Unido, Grecia, República Sudafricana, Holanda, Bélgica, Dinamarca, Brasil, Ecuador, Canadá o Israel.
- C. En tercer lugar, hacemos referencia al grupo de países que proclaman la prohibición expresa de la gestación por sustitución. Entre ellos se encuentran países como España, Italia, Francia, Portugal, Austria, Alemania, Islandia, Serbia, Hungría, ciertos estados de los EEUU u Hong Kong. También podemos incluir a Arabia Saudí o Pakistán.²²

Vamos a examinar la legislación de los países más representativos en la cuestión de la gestación por sustitución:

²⁰ VILAR GONZÁLEZ, S., “Situación actual...”, cit., p. 902.

²¹ LAMM, E., *Gestación por sustitución...cit.*, p.118.

²² VILAR GONZÁLEZ, S., “Situación actual...”, cit., p.903.

1) India: es uno de los países que tenía una admisión amplia. Con anterioridad al año 2015, la India era uno de los países más frecuentados para optar a la gestación por sustitución. Esto se debía a una gran flexibilidad, no existía una ley que regulase expresamente esta técnica, así como por su menor coste económico (“el coste por un tratamiento supone entre un cuarto y la mitad de lo que cuesta en EEUU”²³). Los requisitos para cada parte son; en el caso de la gestante: no mayor de 45 años, estudios de VIH y no puede actuar como gestante más de tres veces; en el caso de los comitentes: tengan necesidad médica de acudir a la gestación por sustitución, es decir, que sean incapaces física o médicamente de llevar a cabo un embarazo; respecto a la filiación: se presume que el niño nacido es “hijo legítimo de la pareja”. Ni la gestante ni los donantes tienen derecho parental alguno. Respecto al pago, se admite expresamente una contraprestación a la gestante además de los pagos necesarios para cubrir los gastos relativos al embarazo. El montante se determinara de común acuerdo inter partes.²⁴ A consecuencia de esta flexibilidad se llevaba a cabo en ciertas ocasiones de forma altruista y con fines comerciales.²⁵

En el año 2010 el Indian Council of Medical Research (ICMR, Consejo Indio de Investigación médica), elaboró un proyecto de ley denominado “*Assisted Reproductive Technology (Regulation) Bill and Rules*”. Este proyecto es la manifestación de la falta de regulación necesaria que ha sido señalada por los tribunales²⁶ a causa de los abusos y las injusticias²⁷, como: “la falta de pagos a las gestantes, la falta de consentimiento, los abortos no consentidos ni informados, etc.”²⁸

A finales de octubre del año 2015, el Gobierno de India anunció que la gestación por sustitución en este país era una vía que quedaba limitada de forma exclusiva para los matrimonios de nacionalidad india infértiles. Las reacciones de algunas organizaciones han sido de rechazo por calificar la medida de extrema, como es el caso del Centro de Investigación Social, cuya petición es más afín a que exista un “marco legal para la

²³ DEL ESTAL, E., “Vientres de alquiler en India: abstenerse extranjeros”, *Público*, 2015. Véase (última visita: 08/01/2016) : <http://www.publico.es/sociedad/vientres-alquiler-india-abstenerse-extranjeros.html>

²⁴ *National Guidelines for Accreditation, Supervision & Regulation of ART Clinics in India*. Véase (última visita: 10/01/2016): http://icmr.nic.in/art/art_clinics.htm

²⁵ VILAR GONZÁLEZ, S., “Situación actual...”, cit., p.906.

²⁶ Sentencia del Tribunal Superior de Gujarat de Noviembre de 2009, *Jan Balaz v. Anand Municipality*, No. 3020, *Special Civil Application*. En su párrafo 21 alude a la “extrema necesidad y urgencia...”. Véase (última visita: 12/01/2016) : <https://www.legalcrysal.com/case/747551/jan-balaz-vs-anand-municipality-6-ors>

²⁷ LAMM, E., *Gestación por sustitución...cit.*, p.178.

²⁸ Véase en el Informe “Surrogate Motherhood-Ethical or Commercial” (CSR) en la siguiente dirección web (última visita: 12/01/2016) : <http://www.womenleadership.in/Csr/SurrogacyReport.pdf>

industria de la maternidad subrogada que tenga como objetivo salvaguardar los intereses de todas las partes”, considerando inoportuna la medida de prohibición de acceso a los extranjeros.²⁹

2) Estados Unidos: la situación varía en función del estado en concreto. No hay un consenso nacional ni una ley federal que regule la gestación por sustitución, por lo que queda en manos de los estados determinar individualmente su regulación. A tenor de lo mencionado podemos distinguir diferentes categorías de estados:

- Aquellos estados que han aprobado normas específicas sobre la gestación subrogada, ya sean permisivas o prohibitivas.

Los estados que han adoptado una regulación permisiva: Texas, Utah, Illinois, el estado de Virginia, o Florida; establecen en su legislación una serie de requisitos para el acceso a la gestación por sustitución.

Vamos a analizar la situación de Illinois, donde junto con California, se llevan a cabo un mayor número de procesos de gestación subrogada.³⁰

El estado de Illinois tiene una regulación muy tolerante, ya que protege tanto a los matrimonios, a las parejas no casadas y a las personas solteras. Uno de los comitentes debe estar relacionado genéticamente con el niño y la gestante debe tener al menos 21 años y haber tenido un hijo, además no puede aportar sus propios gametos. Tras un contrato válido y después del nacimiento, los comitentes son legalmente los padres del niño y la mujer gestante debe entregárselo y estos aceptar la guarda del mismo. Se establecen una serie de requisitos en relación a la gestante³¹ (entre otros: “haber superado un examen médico y ser titular de un contrato de seguro sanitario que cubra los principales gastos hospitalarios”), el/la o la pareja comitente³² y el contrato de gestación³³. “Ambas partes deben haber sido informadas de las consecuencias jurídicas de su contrato”. Se admite el pago de una contraprestación, no solo por los gastos

²⁹ DEL ESTAL, E., “Vientres de alquiler en India: abstenerse extranjeros”, *Público*, 2015. Véase (última visita: 12/01/2016): <http://www.publico.es/sociedad/vientres-alquiler-india-abstenerse-extranjeros.html>

³⁰ Puede verse en (última visita: 20/01/2016): <http://gestacionsustituta.es/diferencias-entre-california-y-illinois/>

³¹ 750 ILLINOIS COMPILED STATUTES 47/20 (A).

³² 750 ILLINOIS COMPILED STATUTES 47/20 (B).

³³ 750 ILLINOIS COMPILED STATUTES. 47/25 (C). Véase (última visita: 21/01/2016): <http://www.ilga.gov/legislation/ilcs/ilcs3.asp?ActID=2613&ChapterID=59>

generados necesariamente por el embarazo, es decir, permite la gestación por sustitución comercial.³⁴

Entre los estados que han adoptado una regulación prohibitiva, se encuentran: Arizona, Columbia, Michigan, Nueva York o Nebraska. En Arizona y Columbia se prohíben los convenios de gestación por sustitución en todas sus formas, como se puede apreciar en la legislación del estado de Arizona³⁵ y también en la normativa del distrito de Columbia³⁶. En Nueva York³⁷ y Nebraska³⁸ se persigue la gestación por sustitución comercial o no altruista.

- Aquellos estados que no tienen una legislación determinada, pero gozan de precedentes jurisprudenciales dictados por sus órganos jurisdiccionales. Por ejemplo: California, Pensilvania, Massachusetts u Ohio.

Vamos a analizar el caso de California, ya que como mencionamos anteriormente es uno de los destinos donde se llevan a cabo un gran número de procesos de gestación por sustitución. Es uno de los estados donde mayor grado de seguridad jurídica hay, además ofrece una gran diversidad de agencias que prestan estos servicios.³⁹

Desde el año 1993, la Corte Suprema de California otorgó carácter vinculante a los contratos de maternidad subrogada a través de la resolución *Johnson vs. Calvert*. Se estableció que “para la determinación de la filiación era preciso atender al momento de la concepción, por lo que se fijó que en esa fecha solamente la madre biológica tenía la predisposición de ser madre del niño. Por lo que se reconoció tanto a la madre gestante como a la madre genética como madres naturales”.

³⁴ DURÁN AYAGO, A. “El acceso al registro civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la ley 20/2011: relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución.” Casos de filiación habida a través de gestación por sustitución. *Anuario español de Derecho Internacional Privado*, Tomo XII. (2012). p.279.

³⁵ ARIZONA REVISED STATUES. 25-218. Puede verse en la siguiente dirección web (última visita: 26/01/2016):

<http://www.azleg.state.az.us/FormatDocument.asp?inDoc=/ars/25/00218.htm&Title=25&DocType=ARS>

³⁶ DISTRICT OF COLUMBIA CODE. *Section: Prohibitions and penalties*, 16-401,402. Véase (última visita: 26/01/2016): <http://law.justia.com/codes/district-of-columbia/2012/division-ii/title-16/chapter-4/section-16-402.html>

³⁷ NEW YORK DOMESTIC RELATIONS LAW § 122-123. *Prohibitions and penalties*. Véase (última visita: 26/01/2016) : <http://codes.findlaw.com/ny/domestic-relations-law/dom-sect-122.html>

³⁸ NEBRASKA REVISED STATUTES, 2014: a. 25-21, 200. Véase (última visita: 26/01/2016): <http://www.nebraskalegislature.gov/laws/statutes.php?statute=25-21,200>

³⁹ PRATS, J., “Busco madre de alquiler... en el extranjero”, *El País*, 2008. Puede verse en (última visita: 10/02/2016): http://elpais.com/diario/2008/11/09/sociedad/1226185201_850215.html

Progresivamente se ha ido admitiendo que los padres comitentes puedan obtener el denominado “*pre-birth judgement*”, el cual consiste en una decisión judicial que les atribuye la filiación, siempre que sean los padres biológicos del menor y la madre portadora y su marido, en su caso⁴⁰, consientan con anterioridad al nacimiento, que los padres biológicos son los padres legales, dejando claro que la madre gestante y su pareja no tienen derechos ni obligaciones para con el niño.⁴¹

En California el individuo o la pareja comitente paga a la agencia y a la madre portadora una retribución (entre \$35,000 y \$100,000) que normalmente excede lo que se considera una compensación razonable por los gastos relativos al embarazo.

En cuanto a la determinación de la filiación, ésta no se produce de manera automática, sino que es necesario que la parte interesada inste el procedimiento judicial regulado en la sección 7630 (f) del *California Family Code*. Este procedimiento, está encaminado a corroborar los derechos parentales, pretende constituir la filiación del nacido respecto de la pareja comitente a partir de una sentencia (*pre-birth judgement*) que declara la filiación a su favor. El procedimiento también tiene como propósito extinguir la filiación respecto de la madre subrogada y de su marido si está casada.

La sentencia decreta al hospital que incluya los nombres de la pareja comitente en el certificado original de nacimiento. La finalidad es no tener que acudir a la adopción. Este certificado debe inscribirse en la Oficina Estatal de los Registros Vitales (*The California Office of Vital Records*) en los diez días siguientes al nacimiento, junto con la sentencia. En el caso de que esto no ocurra así, se establece la filiación a favor de la madre portadora y de su marido, en tal caso. En el caso de que se trate de una pareja comitente gay, la resolución puede establecer que en el certificado de nacimiento consten los dos nombres, aunque es aconsejable que el padre no biológico complete el proceso con la adopción.⁴² De no seguir estas instrucciones puede que el Consulado se oponga a inscribir la filiación a favor de dos hombres⁴³.

⁴⁰ De lo contrario, también entraría en juego la presunción de paternidad matrimonial recogido en la Sección 76II del CALIFORNIA FAMILY CODE y en el artículo 116 del CC Español que dispone: “se presumen hijos del marido los nacidos después del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges”.

⁴¹ DURÁN AYAGO, A. “El acceso al registro civil...”, cit., p.279.

⁴² 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, pp. 7-11.

⁴³ Como ocurrió en los hechos que dan lugar a la Resolución de la DGRN del 18 de Febrero de 2009. Véase (última visita:

15/02/2016):https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2013-20068700716 ANUARIO DE DERECHO CIVIL La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución

- Aquellos estados que no gozan ni de legislación ni jurisprudencia relativa a la gestación por sustitución. En esta categoría de estados “la filiación se determina de acuerdo a las leyes preexistentes relativas a la paternidad, la maternidad, la terminación de la responsabilidad parental y la adopción.”⁴⁴

3) Reino Unido: la legislación británica está fuertemente influenciada por el denominado Informe Warnock, el cual recomienda declarar ilegal todo acuerdo de gestación por sustitución, sancionar criminalmente la creación de establecimientos comerciales que persigan fines relacionados con dicha actividad o que realicen este tipo de contratos.

En RU la gestación por sustitución está regulada en la Human Fertilisation and Embryology Act de 2008 (en adelante HFEA), la Adoption and Children Act de 2002, y la Surrogacy Arrangements Acts de 1985, además de constar en otros instrumentos.

La Surrogacy Arrangements Acts de 1985 prohíbe: “Iniciar o colaborar en negociaciones con el propósito de concertar un acuerdo de gestación por sustitución. Ofertar o convenir negociar la realización de tales acuerdos, y recopilar cualquier información con el propósito de su utilización en la realización o negociación de acuerdos de gestación por sustitución.”

RU tiene una postura prohibitiva en cuanto a la práctica comercial de esta técnica (publicidad e intermediarios), pero admite la gestación por sustitución por motivos médicos (siempre que sea a título gratuito, aunque se admiten los gastos razonables⁴⁵ que se deriven de la misma).

En virtud del artículo 33 de la HFEA, la filiación se determina a favor de la mujer que da a luz, aunque no haya aportado su material genético. Si está casada, su marido se considera el padre del niño salvo que se pruebe que éste no dio su consentimiento para dicho acuerdo. La filiación solo se transfiere a los padres comitentes tras un periodo de reflexión (seis semanas) si estos lo solicitan ante los tribunales. Si se cumplen las exigencias legales el juez puede transferir la filiación mediante una *parental order*⁴⁶. Se suceden dos actas de nacimiento. En el supuesto de que la gestante no esté casada ni en

⁴⁴ LAMM, E., *Gestación por sustitución...cit.*, pp.185-192.

⁴⁵ Ahora bien, el Tribunal puede autorizar pagos que excedan los gastos razonables en forma retroactiva. Puede verse en el caso *Re L (A Minor)* [2010] EWHC 3146 (Fam), FLR 1423, entre otros.

⁴⁶ Se regula en el artículo 54 de la HFEA, donde además se establecen los requisitos para su otorgamiento. Véase(última visita: 20/02/2016) : <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/section/54>

una unión civil, se admite que uno de los comitentes figure como padre, pero la gestante siempre es madre, por lo tanto se requiere la tramitación de la orden parental.

RU goza de una serie de garantías que permiten a la gestante cambiar de opinión antes y durante un tiempo después del alumbramiento, examinar los consentimientos y evaluar el interés superior del menor después de su existencia.⁴⁷

- 4) Alemania: En Alemania está prohibida esta técnica mediante la Ley Alemana de Protección del Embrión (*Embryonenschutzgesetz*) del año 1990, su vulneración tiene consecuencias también en el orden penal, tal y como se establece en su artículo 1: “Será sancionado con una pena privativa de libertad de hasta tres años o de una multa quien:
- 1) procediera a transferir a una mujer el óvulo de otra;
 - 2) fecundara artificialmente un óvulo con fines distintos que los de iniciar un embarazo en la mujer de quien proviene el óvulo;
 - 6) retirara un embrión de una mujer antes de su implantación en el útero, con vistas a transferirlo a otra mujer o utilizando con un fin distinto al de su protección;
 - 7) practicara una fecundación artificial o transfiriera un embrión humano a una mujer dispuesta a abandonarlo en forma definitiva a terceros luego de su nacimiento.”

En su párrafo 3 se establece que no se sanciona a la gestante ni a los comitentes.⁴⁸

En cuanto a jurisprudencia, los tribunales tienen una postura fuertemente contraria a esta práctica y señalan que este tipo de contratos son nulos por ser contrarios al orden público.⁴⁹

ii. Ordenamiento jurídico español

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

En España, el artículo 10 de la LTRHA, titulado “Gestación por sustitución”, establece 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

⁴⁷ LAMM, E., *Gestación por sustitución...cit.*, pp. 131-142.

⁴⁸ “No serán sancionadas:

1) En los casos contemplados en el párrafo 1, incs. 1,2 y 6, la mujer de la cual proviene el óvulo o el embrión, ni aquella a quien se hubiera transferido el óvulo, o a quien se hubiera previsto transferir el embrión.

2) En los casos contemplados en el párrafo 1, inc. 7, la madre de sustitución, ni tampoco la persona que desea tomar a su cargo el niño en forma definitiva.”

⁴⁹ Puede verse en la siguiente dirección web (última visita: 22/02/2016):

http://4legal.blogspot.com.es/2012/09/la-maternidad-subrogada-o-de-alquiler_22.html

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”.

No se permite la maternidad subrogada en nuestro ordenamiento jurídico, de manera que la gestante será siempre la madre biológica —en base al antiguo axioma romano *mater semper certa est*— y el hijo se inscribirá en el Registro Civil (en adelante RC) como suyo, sin que pueda manifestar la identidad del otro progenitor. Como consecuencia, la mujer gestante no asumiría obligación alguna de entregar al nacido tras el parto, ni de indemnizar a la otra parte en caso de incumplimiento, aunque se le hubieran entregado determinadas cuantías por razón de la gestación. En el tercer apartado del precitado artículo 10 LTRHA, se concede la acción de reclamación atendiendo a las normas generales. Este punto, que veremos posteriormente, es el que permite acceder al RC algunos supuestos de gestación subrogada.

La norma adopta una postura contraria a la gestación por sustitución, pero la nulidad de este contrato no se debe en exclusiva al artículo 10 de la LTRHA, sino que podemos citar otros motivos recogidos en el CC y en la Constitución Española (en adelante CE) que llevan a tal situación.

b. Código Civil

El contrato de gestación por sustitución es un contrato nulo por ilicitud de su causa y por razón de su objeto. El artículo 1275 CC establece que: “Los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral”. Respecto de su objeto, el artículo 1261.2 CC establece que “no hay contrato cuando no concurra objeto cierto que sea materia del contrato”. Por lo que se puede considerar que tanto la capacidad de gestar como el cuerpo humano son indisponibles, personalísimos e intransferibles. Podemos relacionar este artículo con el 1271 CC que determina que: “Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras. Pueden ser igualmente objeto de contrato todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres”, por lo que se entiende que las personas presentes y futuras son *res extra commercium*⁵⁰ y no pueden ser objeto del contrato. El artículo 1255 CC establece que

⁵⁰ Esta máxima está consagrada desde el Derecho Romano, ya que se consideraba al cuerpo humano como *res extra commercium*. Podemos mencionar en esta línea, el Convenio para la protección de los

“los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público”, por lo que algunos juristas reflejan que se vulnera dicho artículo por considerar la gestación por sustitución un pacto de contenido inmoral y contrario al orden público, ya que recae sobre las facultades reproductivas y de gestación de la madre, haciendo objeto del comercio una función de la mujer, como es la maternidad, la cual no puede ser objeto de tráfico jurídico.

c. Constitución Española de 1978

Tal acuerdo sería incompatible con la dignidad humana de la madre y con la del hijo, que se convertiría en objeto de un contrato, ya que supondría una vulneración de sus derechos fundamentales y libertades constitucionales. El valor de la dignidad humana⁵¹ está recogido en el artículo 10.1 CE, se trata de un principio inviolable del ordenamiento jurídico.⁵² Aunque al amparo de la dignidad han lidiado tanto los partidarios de hacer de ella un instrumento contra la gestación subrogada, como los defensores de la recepción de ésta como elemento inseparable del derecho del ser humano a la procreación⁵³. También afecta a otros principios expresados en el artículo 15 CE, que establece el derecho a la integridad moral, y en el artículo 39.2 de la misma, que estipula que los poderes públicos aseguran la protección integral de los hijos y de las madres cualquiera que sea su estado civil.⁵⁴

d. Sanciones relativas a la gestación por sustitución

Como consecuencia de la regulación prohibitiva existente en España de la gestación por sustitución, la LTRHA establece una serie de sanciones administrativas en su Capítulo VIII⁵⁵, relativas a las infracciones que se puedan cometer en esta materia, sin perjuicio de la responsabilidad civil, penal o de otro orden que se pueda derivar. Junto a estas

derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina de 1997 en Oviedo, en concreto su artículo 21 se establece que “el cuerpo humano y sus partes no deberán ser objeto de lucro”.

⁵¹ La dignidad hace referencia a lo que se debe a la persona por su condición de tal y lo que es «adecuado» a la naturaleza misma del ser humano como ser personal.

⁵² VELA SÁNCHEZ, A. J., “La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler”, *Diario La Ley*, nº 7608, 2011, p. 3.

⁵³ ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L., “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de ley y el correctivo de orden público internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2014, p. 21.

⁵⁴ VILAR GONZÁLEZ, S., “Situación actual...”, cit., p. 912.

⁵⁵ Puede verse en la siguiente dirección web (última visita: 27/02/2016) : http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/114-2006.html#cpc8

sanciones el CP regula diferentes delitos relacionados con la gestación subrogada, así en su Capítulo II⁵⁶, artículo 220.2, se establece una pena de prisión de seis meses a dos años “al que ocultare o entregare a terceros un hijo para alterar o modificar su filiación”. El artículo 221 CP establece que será castigado no solo la persona que entregue a otra un hijo con el fin de establecer una relación análoga a la filiación mediando una compensación económica, sino también la persona que lo reciba y el intermediario si lo hubiera. En este caso “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 diez años”.

Finalmente debemos puntualizar, que la prohibición y las sanciones recogidas en las normas citadas coexisten en total contradicción con la Ley sobre el RC de 8 junio de 1957⁵⁷ y con el Reglamento del RC de 14 de noviembre de 1958⁵⁸, que admiten la inscripción de las resoluciones judiciales extranjeras firmes que establecen la filiación del menor como hijo de los padres comitentes, por lo que, en la práctica, nos encontramos con que los contratos de gestación subrogada pueden alcanzar los efectos jurídicos que no están permitidos en España.

e. Registro Civil

La Instrucción de 5 de octubre del año 2010 dictada por La Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante, DGRN), estableció los criterios que estipulan las condiciones de acceso al RC español de los nacidos en el extranjero mediante la gestación por sustitución. Se tomó como referente la garantía de los intereses del menor, de la mujer gestante y la necesidad de evitar que la gestación subrogada encubra casos de tráfico internacional de menores.

Se exige como requisito previo para la inscripción de los nacidos en el extranjero mediante un contrato de gestación subrogada en el RC, la presentación de una resolución judicial dictada por el órgano competente. El objetivo es el control del cumplimiento de los requisitos del contrato respecto de la normativa del país donde se ha llevado a cabo, sin olvidar la protección de los intereses del menor y la gestante.

⁵⁶ Puede verse en la siguiente dirección web (última visita: 27/02/2016):

http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lo10-1995.12t12.html

⁵⁷ Vigente hasta el 30 de Junio de 2017. Véase (última visita: 27/02/2016) :

http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/lrc.html

⁵⁸ Véase (última visita: 27/02/2016): http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/rrc.html

La DGRN ha señalado en algunas ocasiones⁵⁹ que la mera certificación del Registro extranjero no es un título válido para la inscripción, ya que se limita a reflejar una previa decisión judicial que es la que determina el régimen de filiación.

La finalidad es dar eficacia en España a una inscripción extranjera que tiene su fundamento en una resolución judicial que constituye la relación de filiación a favor de un nacional español y procede a la exclusión de la madre biológica, lo que supone que es tal decisión judicial la que esta invocada a desplegar efectos en España.

El reconocimiento de dicha resolución judicial debe constituir un procedimiento previo para lograr el acceso al RC. Así lo determina el artículo 83 Reglamento del Registro Civil (en adelante, RRC). Esto no significa que cualquier decisión judicial extranjera pueda ser reconocida sin límites, sino que dichas restricciones no deben buscarse en el art. 10 de la LTRHA. Por lo tanto debemos traer a colación la Instrucción de 5 de octubre de 2010 donde se establece que el procedimiento a seguir es el recogido en el ordenamiento jurídico español, por lo que entran en juego los artículos 954 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881(en adelante, LEC), este artículo fue exceptuado de la derogación por la Disposición Derogatoria Única, apartado 1.3 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Posteriormente, sí fue derogado por el número 1 de la Disposición Derogatoria Única de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil⁶⁰. El artículo 955 de la LEC establece que se debe instar el procedimiento ante los Juzgados de Primera Instancia.

Sin embargo, los casos en los que la resolución derive de un procedimiento equiparable a un procedimiento español de jurisdicción voluntaria, el Tribunal Supremo (en adelante, TS) ha estipulado en varias ocasiones que su inscripción no quedaría sometida al requisito de obtener el reconocimiento a título principal, sino que el particular podría lograr el reconocimiento incidental como exigencia previa a su inscripción, sin tener que recurrir al régimen de la ya citada LEC de 1881. Este reconocimiento incidental exige la previa comprobación de los siguientes requisitos previstos en la Instrucción de 5 de octubre de 2010:

a) La regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualesquiera otros documentos presentados.

⁵⁹ Como por ejemplo en la Resolución de 23 de Septiembre de 2011. Puede verse en (última visita: 01/03/2016): <http://www.asesoriayempresas.es/doctrinaadministrativa/JURIDICO/151825/resolucion-dgrn-de-23-de-septiembre-de-2011-inscripcion-de-la-filiacion-fuera-de-plazo-paterna>

⁶⁰ Puede verse en (última visita: 05/03/2017): https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-8564

- b) Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los estipulados en la legislación española.
- c) Que se hubiesen garantizado los derechos procesales de las partes, en particular, de la madre gestante.
- d) Que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante. En especial, deberá verificar que el consentimiento de esta última se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia y que tiene capacidad natural suficiente.
- e) 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 este hubiera transcurrido sin que quien tenga reconocida facultad de revocación, la hubiera ejercitado.

Con posterioridad a la superación de dicho control y efectuada la inscripción de filiación en el RC español, se aplican los artículos 113 del CC: “La filiación se acredita por la inscripción en el Registro Civil” y 108 del CC: “La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código”, en concordancia con el artículo 39.2 de la CE al establecer que: «Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales estos ante la Ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil».⁶¹

No todas las opciones posibles quedan abarcadas en la normativa vista, por eso es imprescindible la interpretación jurisprudencial⁶².

iii. Tratamiento jurisprudencial

Para delimitar el sentido de la evolución jurisprudencial en relación con la maternidad subrogada en España, es necesario analizar las resoluciones sucedidas a lo largo del tiempo.

⁶¹ BAZ VICENTE, R., “Aspectos registrales civiles de la filiación en los supuestos de gestación por sustitución”, *Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual*, 2015, pp. 271-274.

⁶² VILAR GONZÁLEZ, S., “Situación actual...”, cit., pp. 909-910.

a) La resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009

Esta resolución, que posteriormente ha sido anulada por el TS, tiene su origen en un recurso planteado por una pareja homosexual de nacionalidad española ante el Registro Consular de Los Ángeles. El encargado del Registro denegó la inscripción de los certificados de nacimiento en los que constaba la paternidad a favor de los comitentes de dos mellizos nacidos mediante gestación subrogada en California a partir del material genético de uno de los comitentes y el aporte de una donante anónima. El argumento para dicha denegación fue el precitado artículo 10 de LTRHA. Sin embargo, la DGRN estimó el recurso interpuesto frente a tal resolución y procedió a la inscripción de los certificados de nacimiento. El fundamento de tal estimación fue que la inscripción de un título extranjero que acredite una relación de filiación derivada de una maternidad subrogada no plantea problemas de determinación del Derecho aplicable a la filiación, sino más bien un problema de “validez extraterritorial de decisiones”. Se consideró que era título suficiente para acceder al RC y que no vulneraba el orden público español. Así pues, se admitió esta inscripción ignorando por completo que es la resolución judicial la que convalida y por lo tanto, atribuye efectos al contrato de gestación subrogada, establece la relación de filiación y excluye la de la madre gestante acreditando que ésta emitió libremente su consentimiento. También se obvió que la certificación es un mero reflejo distorsionado⁶³ de la resolución judicial según el Derecho de California.⁶⁴

b) La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Valencia de 15 de septiembre de 2010

La citada Resolución fue anulada por la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Valencia de 15 de Septiembre de 2010. Se destaca en esta sentencia que la Resolución de la DGRN omite el artículo 23 LRC, el cual tiene un rango normativo superior que el artículo 81 Reglamento del Registro Civil (en adelante, RRC). Este último artículo determina la necesidad de que las certificaciones de asientos extendidos en Registros extranjeros para poder acceder a los Registros españoles deben ser legales conforme a la ley española, es decir, si en el supuesto de que el hecho hubiese ocurrido en España se consideraría legal. Además de que no exista duda de la realidad del hecho inscrito.

⁶³ Artículo 7633 del California Family Code. El Derecho de California impide que se recoja en la certificación referencias de la previa celebración del contrato ni de la identidad de la madre gestante. La única información que se contiene es la filiación a favor de los comitentes.

⁶⁴ HEREDIA CERVANTES, I., “La inscripción de relaciones de filiación constituidas en el extranjero mediante gestación por sustitución: seis años desperdiciados”, *Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual*, 2015, pp. 347- 349.

Aunque formalmente la pareja conste como padres de los niños, biológicamente no es posible, por lo tanto surge la duda de la realidad del hecho inscrito.

El juez considera que no hay discriminación respecto del matrimonio de varones, ya que se daría la misma solución a un matrimonio heterosexual o a un matrimonio de mujeres que recurriesen a tal técnica. Además sugiere, que el iter más adecuado, sería que el padre biológico reclamara su paternidad y su cónyuge incoara un procedimiento de adopción, lo que respetaría el ordenamiento jurídico español. Finalmente no entra a apreciar si se ha producido *forum shopping* fraudulento o no.⁶⁵

c) La Instrucción de la DGRN de 5 octubre de 2010

El objetivo principal de esta Instrucción, tal y como consta en su Exposición de motivos, es proteger el interés superior del menor, así como otros intereses presentes en los supuestos de gestación por sustitución, especialmente de las mujeres gestantes.⁶⁶ Para garantizar la protección de los intereses mencionados, la Instrucción estipula una serie de puntos clave:

1. Exigencia de resolución judicial extranjera en la que se acredite la filiación. En ningún caso se admitirá como título apto para la inscripción una certificación registral extranjera o la simple declaración acompañada de certificación médica relativa al nacimiento en la que no conste la identidad de la madre gestante.
2. Exigencia de exequatur en España de la resolución judicial extranjera. La resolución debe haber obtenido el exequatur en España según los Convenios internacionales vigentes en España, o en su defecto, a través del procedimiento reglado en el artículo 954 LEC 1881.
3. Exigencia de reconocimiento incidental. Si la resolución ha sido dictaminada como resultado de un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, no es necesario acudir a un reconocimiento judicial por homologación previo a la inscripción registral. El Encargado del RC controlará, incidentalmente, como requisito previo a su inscripción, si tal resolución judicial puede ser reconocida en España.
4. Extremos a controlar en el reconocimiento incidental. Se deberán acreditar varios extremos: 1) La regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualesquiera otros documentos presentados; 2) Que el Tribunal de origen

⁶⁵ DURÁN AYAGO, A. “El acceso al registro civil...”, cit., pp. 292- 294.

⁶⁶ DURÁN AYAGO, A. “El acceso al registro civil...”, cit., p. 294.

hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española; 3) Que se hubiesen garantizado los derechos procesales de las partes; 4) Que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante. En especial, que el consentimiento de esta última se haya obtenido de forma libre y voluntaria; 5) Que la resolución judicial es firme y que los consentimientos prestados son irrevocables, o bien, si estuvieran sujetos a un plazo de revocabilidad, que éste hubiera transcurrido. Estos requisitos pretenden acreditar la plena capacidad jurídica y de obrar de la gestante, la eficacia del consentimiento prestado y la inexistencia de una simulación en el contrato que encubra tráfico internacional de menores. También garantizar una correcta protección del interés del menor y la continuidad transfronteriza de una relación de filiación declarada por tribunal extranjero, siempre que tal resolución sea reconocida en España.

5. Decisión del Encargado en torno a la necesidad de exequatur por homologación previa o de reconocimiento incidental registral. Si el encargado del RC estima que la resolución extranjera fue pronunciada en el marco de un procedimiento jurisdiccional de naturaleza contenciosa, refutará la inscripción de la resolución en el RC, pues tal resolución requerirá un exequatur de acuerdo a lo establecido en la LEC. Por el contrario, si considera que la resolución extranjera tiene su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria controlará incidentalmente si la resolución puede ser reconocida en España, como requisito a su inscripción, tal y como se ha visto anteriormente.

En conclusión, podemos decir que esta Instrucción constituye una *glissade* administrativa que falsea el correcto funcionamiento del DIPR español, ya que carece de las bases jurídico-internacionales necesarias para ofrecer una solución de calidad a este fenómeno de la gestación de sustitución.⁶⁷

d) Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia 826/2011, de 23 de noviembre

El matrimonio de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Valencia de 15 de Septiembre de 2010 interpone un recurso de apelación contra tal resolución, por lo que

⁶⁷ CALVO CARAVACA, A. L./ 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*, 2011, pp. 248, 249 y 259.

la cuestión se transfiera a la Audiencia Provincial de Valencia. La Audiencia Provincial de Valencia confirma esta sentencia el 23 de noviembre de 2011, su ratificación se fundamenta en que la certificación estadounidense es contraria a la ley española y como consecuencia no se permite la inscripción en el RC. Se considera que la certificación registral californiana vulnera el orden público internacional español, ya que las personas son *res extra commercium* y no pueden ser objeto de transacción. Se corrobora también la no discriminación respecto del matrimonio de varones. En su fundamento jurídico cuarto se establece que la filiación es la causa del contrato y el objeto de prestación conforme al art. 1274 CC⁶⁸, por lo que se considera un elemento esencial del mismo. Además se precisa que no puede conseguirse el interés del menor vulnerando la ley y que los apelantes disponen de otros medios para obtener su propósito.

Esta sentencia fue recurrida en casación ante el TS, dando lugar dicho recurso a la Sentencia del TS de 6 de febrero de 2014 que veremos a continuación.⁶⁹

e) Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 6 de febrero de 2014

Esta resolución identifica con claridad el problema latente y asume que no debe entrar en juego la aplicación directa del art. 10 LTRHA, sino que se debe aplicar los arts. 81 y 85 RRC y el art. 23 LRC cuando se trate de inscribir en España certificaciones registrales extranjeras. Se centra en el orden público el conjunto de argumentos para oponerse a la inscripción de la certificación estadounidense, el TS tras exponer un desarrollado catálogo normativo en el que se sustentaría el orden público español, considera que el art. 10 LTRHA integra el orden público internacional español, dejando claro que “La filiación cuyo acceso al Registro Civil se pretende es frontalmente contraria a la prevista en el artículo 10 LTRHA, y como tal, contraria al orden público, lo que impide el reconocimiento de la decisión registral extranjera en lo que respecta a la filiación que en ella se determina”. Sin embargo, el TS acepta que en algunas ocasiones se produzca una atenuación del orden público español, circunstancia que no se aplica al caso que nos ocupa porque la vinculación con España era muy estrecha (domicilio de los padres comitentes) y los lazos con EEUU eran meramente artificiales. El TS, no obstante, parece mitigar sus premisas en los últimos párrafos de la resolución y además de definir la denegación de la inscripción de la certificación registral

⁶⁸ Artículo 1274: “En los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte; en los remuneratorios, el servicio o beneficio que se remunera, y en los de pura beneficencia, la mera liberalidad del bienhechor.”

⁶⁹ DURÁN AYAGO, A. “El acceso al registro civil...”, cit., pp. 293 y 294.

extranjera “a la filiación en ella determinada, pero no al resto de su contenido”, considera que en el caso de que uno de los comitentes sea el padre biológico, podrá reclamar la paternidad en aplicación del artículo 10 LTRHA, al margen de la posibilidad de acudir a la adopción para precisar la integración de los niños en el núcleo familiar.⁷⁰

f) Auto del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil de 2 de febrero de 2015

Se interpuso un incidente de nulidad de actuaciones⁷¹ por los padres comitentes contra la STS de 6 de febrero de 2014. Alegaban la vulneración de tres derechos fundamentales:

- Derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), ya que consideraban que el TS habría resuelto el recurso a partir de unos hechos y situaciones cuya existencia no estaba probada y habría desviado la cuestión registral civil a otra distinta.
- Derecho a la igualdad sin discriminación, con una doble vertiente, por razón de nacimiento en relación a los hijos y por razón de orientación sexual en cuanto a los padres.
- Derecho a la intimidad familiar, en cuanto al derecho de la pareja a la procreación médicamente asistida.

Estas alegaciones fueron rechazadas por el TS, no obstante, durante la resolución de dicho recurso, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) dictó el 26 de junio de 2014 dos sentencias: Sentencias MENNESSON c FRANCE, y LABASSE c FRANCE; en las que se condenó a Francia por la desaprobación de la inscripción en el RC de las certificaciones registrales estadounidenses con el fundamento de que dicha inscripción vulneraba del orden público francés. Se puede observar una cierta similitud, por lo que el TS dio traslado a las partes para que alegasen lo oportuno en relación a estos pronunciamientos.

⁷⁰ HEREDIA CERVANTES, I., “La inscripción de relaciones de filiación...”, cit., pp. 358- 361.

⁷¹ El incidente de nulidad de actuaciones está regulado en el art. 228.1 LEC y es un instrumento mediante el cual “quienes sean parte legítima o hubieran debido serlo podrán pedir por escrito que se declare la nulidad de actuaciones fundada en cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 de la Constitución, siempre que no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario.”

Para el TS los supuestos que dieron origen a las dos sentencias citadas reflejaban diferencias significativas con el caso que tuvo que resolver en la Sentencia de 6 febrero, por lo que desestimó el incidente de nulidad frente a esta resolución. El argumento que sustentó el TS se centró mayoritariamente en el inferior trato que otorga el ordenamiento francés a los menores, al obstruir por completo cualquier posibilidad de establecer la relación de filiación y permitir el juego de los derechos asociados a ésta. Aunque el TEDH considera que la intrusión en el derecho a la vida privada de los menores por parte de las autoridades está prevista en la ley francesa y responde a una propósito legítimo, no prevalece sobre la exigencia de ser necesaria en una sociedad democrática, debido a las consecuencias extremadamente graves que supone el hecho de que los menores hayan nacido a través del recurso a la gestación por sustitución. El TS conmemora que el ordenamiento español “prevé que respecto del padre biológico sea posible la determinación de la filiación paterna, y, en todo caso, si los comitentes y los niños efectivamente forman un núcleo familiar de facto”. En Francia los menores no podrían obtener la nacionalidad ni heredar en calidad de hijos, mientras que en España el TS solo concertó en la sentencia recurrida que se revocara la alusión a la filiación de los menores hasta que se estipulara la filiación biológica paterna y también, en su caso, la filiación que fuera conforme con la situación familiar de facto (por ejemplo, a través de la adopción), de modo que una vez resulte determinada la filiación, obtendrán la nacionalidad española y podrán heredar como hijos. Además, mientras que la Corte de Casación francesa consideró que no cabía invocar el interés superior del menor ante la presencia de fraude, el Alto Tribunal afirma que “debe tenerse en cuenta el interés superior del menor, tal y como es protegido en el ordenamiento español”⁷².

IV. LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO CIVIL ESPAÑOL

Es evidente la necesidad de proteger de forma específica al menor, tanto antes como después de su nacimiento, especialmente en el ámbito legal. Existen numerosos instrumentos internacionales que se ocupan de dicha necesidad: la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas, o la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño. Pero son la Convención sobre los

⁷² HEREDIA CERVANTES, I., “La inscripción de relaciones de filiación...”, cit., pp. 374- 381.

Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 de las Naciones Unidas⁷³, o el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966⁷⁴, los que expresamente establecen el deber de respeto a la identidad del niño, su derecho a tener un nombre y a ser inscrito inmediatamente después de su nacimiento. También debemos hacer referencia a normas nacionales como es el artículo 39 de la CE⁷⁵ o el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor⁷⁶, aplicable a los menores de dieciocho años en el territorio español. Con la inscripción en el RC se da cumplimiento a las referidas normas.

La fe pública registral profesa una presunción iuris tantum de exactitud y legalidad de los hechos inscritos, permitiéndose a los que figuran en la inscripción como padres, mostrar a su hijo como tal a todos los efectos legales⁷⁷. Comporta el reconocimiento de la filiación. Al no estar admitida en nuestro país esta práctica, los nacimientos de los niños se inscribirán en primera instancia en el registro del país de que se trate⁷⁸. Los padres comitentes seguirán un procedimiento judicial en dicho país en el que se les atribuya la paternidad del menor, verificando que se haya respetado el interés superior del niño y los derechos de la madre gestante, valorando especialmente si ésta ha renunciado “de manera informada y voluntaria a cualquier derecho que le pudiera corresponder”⁷⁹. El hecho de que en la resolución se exprese que los padres intencionales ostentarán los derechos legales sobre el niño y que éste gozará de todos los beneficios que legalmente le correspondan como hijo de aquéllos, aseguran que el menor recibirá la protección necesaria conforme a las exigencias anteriormente

⁷³ En la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 de las Naciones Unidas, podemos encontrar los derechos a los que hacemos alusión en los artículos 7 y 8, puede verse en (última visita: 02/04/2017): <http://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>

⁷⁴ En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, podemos encontrar dichos derechos en su artículo 24, puede verse en (última visita: 02/04/2017) : <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>

⁷⁵ En el artículo 39 CE se establece que: “Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.”

⁷⁶ Puede verse este artículo en la siguiente dirección web (última visita: 09/05/2017): <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1996-1069>

⁷⁷ HUALDE MANSO, M. T., “De nuevo sobre la filiación de los nacidos mediante gestación contratada”, *Revista doctrinal, Aranzadi Civil- mercantil*, núm. 10, 2012, pp. 35-47.

⁷⁸ Como por ejemplo: las Oficinas de registros vitales estadounidenses.

⁷⁹ Resolución 6/2011 de 6 de mayo, de la DGRN, que establece los requisitos, continuando la línea fijada por la Instrucción de 5 de octubre de 2010.

mencionadas, garantizando su derecho a disponer de una filiación única, válida para todos los países, gozando de una única identidad⁸⁰.

La Ley sobre el Registro Civil de 8 de junio de 1957, es la actualmente vigente en nuestro país pero ya ha sido aprobada la nueva Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, por lo que es necesario contemplar los procedimientos de ambos cuerpos legales para llevar a cabo la inscripción del nacido mediante gestación subrogada.⁸¹

Respecto a los procedimientos de inscripción que podemos encontrar en base a la Ley sobre el RC de 1957, tenemos que diferenciar entre:

- a) Inscripción de sentencias derivadas de procedimientos de jurisdicción voluntaria. La Instrucción de DGRN de Octubre de 2010 establece que la inscripción deberá realizarse acompañando a la solicitud de la misma, la resolución judicial dictada por el tribunal extranjero competente que determine la filiación. No se admite la certificación registral extranjera o simple declaración a la que se acompañe una certificación médica en la que no conste la identidad de la madre subrogada. Cuando la resolución judicial tiene su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, dispone la Instrucción que la inscripción no quedará sometida al requisito de la homologación, basta un control incidental por parte del encargado del RC comprobando los siguientes extremos: la regularidad y autenticidad formal de la resolución, determinación de la competencia judicial internacional en base a criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española, que se garanticen los derechos procesales de las partes, que no se produzca vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante, especialmente en cuanto a su consentimiento, que debe ser prestado de forma libre y voluntaria. Que la resolución sea firme y los consentimientos irrevocables o cuyo plazo de revocabilidad hubiese transcurrido.

- b) Inscripción de sentencias derivadas de procedimientos jurisdiccionales contenciosos. La homologación de las resoluciones extranjeras en España. El procedimiento de homologación, también conocido como exequátur, se regulaba en los artículo 951 y

⁸⁰ Principio proclamado por diversas sentencias del TJUE, como por ejemplo: la de 2 de octubre de 2003((última visita: 02/04/2017): <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:62002CJ0148>) o la de 14 de octubre de 2008 ((última visita: 02/04/2017) <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?isOldUri=true&uri=CELEX:62006CJ0353>)

⁸¹ VILAR GONZÁLEZ, S., “Situación actual...”, cit., pp. 913-915.

siguientes LEC de 1881, que siguieron en vigor tras la promulgación de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, en los que se establece que las sentencias firmes extranjeras tendrán en España la fuerza que establezcan los Tratados respectivos, o a falta de éstos, la misma fuerza que en dicho país se le otorgue a las nuestras. Si no estamos ante ninguno de estos supuestos el artículo 954 LEC dispone cuando las sentencias tendrán fuerza en España⁸². Pero tras la promulgación de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil del 30 de julio de 2015 (en adelante, LCJIMC⁸³), esto pasa a regularse en su Título V, artículos 41 y ss. En particular podemos hacer referencia al artículo 59.2 LCJIMC⁸⁴ en el que se establece un procedimiento donde el registrador tiene que verificar si se dan las condiciones para la inscripción. Y por el contrario, en los artículos 42 y ss. LCJIMC, se reconoce un procedimiento de exequátur, en el que se requiere la previa obtención del mismo para que la sentencia judicial extranjera sea ejecutada en España⁸⁵. Estamos ante un sistema que utiliza un doble filtro, por un lado la exigencia de exequátur para obtener una declaración de ejecutividad de la sentencia y por otro, también permite controlar la inexistencia de causas de denegación⁸⁶ en la sentencia extranjera. Al no existir, en

⁸² VILAR GONZÁLEZ, S., “Situación actual...”, cit., pp. 915-919.

⁸³ Referencia de la LCJIMC (última visita: 19/04/2017): <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-8564>

⁸⁴ Artículo 59.2 LCJIMC: “Para la inscripción de las resoluciones judiciales extranjeras a que se refiere el apartado anterior, con carácter previo a la calificación del título inscribible, el registrador verificará la regularidad y la autenticidad formal de los documentos presentados y la inexistencia de las causas de denegación de reconocimiento previstas en el capítulo II del presente título, debiendo notificar su decisión, por correo, telegrama o cualquier otro medio técnico que permita dejar constancia de la recepción, de su fecha y del contenido de lo comunicado al presentante y a la parte frente a la que se pretende hacer valer la resolución extranjera, en el domicilio que conste en el Registro o en la resolución presentada, quienes en el plazo de veinte días podrán oponerse a tal decisión.”

⁸⁵ Artículo 50.1 LCJIMC: “Las resoluciones judiciales extranjeras que tengan fuerza ejecutiva en el Estado de origen serán ejecutables en España una vez se haya obtenido el exequátur de acuerdo con lo previsto en este título”.

⁸⁶ Artículo 46 LCJIMC. Causas de denegación del reconocimiento: “Las resoluciones judiciales extranjeras firmes no se reconocerán:

- a) Cuando fueran contrarias al orden público.
- b) Cuando la resolución se hubiera dictado con manifiesta infracción de los derechos de defensa de cualquiera de las partes. Si la resolución se hubiera dictado en rebeldía, se entiende que concurre una manifiesta infracción de los derechos de defensa si no se entregó al demandado cédula de emplazamiento o documento equivalente de forma regular y con tiempo suficiente para que pudiera defenderse.
- c) Cuando la resolución extranjera se hubiere pronunciado sobre una materia respecto a la cual fueren exclusivamente competentes los órganos jurisdiccionales españoles o, respecto a las demás materias, si la competencia del juez de origen no obedeciere a una conexión razonable. Se presumirá la existencia de una conexión razonable con el litigio cuando el órgano jurisdiccional extranjero hubiere basado su competencia judicial internacional en criterios similares a los previstos en la legislación española.
- d) Cuando la resolución fuera inconciliable con una resolución dictada en España.
- e) Cuando la resolución fuera inconciliable con una resolución dictada con anterioridad en otro Estado, cuando esta última resolución reuniera las condiciones necesarias para su reconocimiento en España.

la mayoría de los casos, convenios de reconocimiento entre España y el estado emisor de la resolución, se prevé en principio, cumplir con el artículo 954 LEC, cuyos requisitos se prevén actualmente en el artículo 44 LCJIMC⁸⁷.

Por último, podemos hacer referencia a la nueva ley del RC 2011⁸⁸. La inscripción en España de relaciones de filiación constituidas en el extranjero mediante gestación subrogada se encuentra en la actualidad en una situación de absoluta incertidumbre. La entrada en vigor de la LRC 2011 no propiciaría un gran cambio en este panorama, ya que la inscripción tanto de certificaciones como de resoluciones judiciales extranjeras se somete al requisito de que ello no suponga una manifiesta vulneración del orden público español. Por lo tanto, solo un cambio en la posición del TS o una actuación del legislador que pusiera de manifiesto que la constitución de la filiación en el extranjero mediante la gestación subrogada no implica esta vulneración, lo evitaría⁸⁹

V. GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN Y PRESTACIÓN DE MATERNIDAD

En esta materia ha tenido lugar un fenómeno evolutivo gracias a un pronunciamiento del TS. Con anterioridad a dicho pronunciamiento se planteaba la cuestión relativa a si la gestación subrogada era una situación protegida por nuestro sistema de Seguridad Social (en adelante SS) y, en consecuencia, causa de suspensión del contrato de trabajo. La Entidad Gestora ha venido denegando la prestación de maternidad basándose en que la normativa de la SS establecía como situación protegida la maternidad natural, la

f) Cuando existiera un litigio pendiente en España entre las mismas partes y con el mismo objeto, iniciado con anterioridad al proceso en el extranjero.

Las transacciones judiciales extranjeras no se reconocerán cuando fueran contrarias al orden público.”

⁸⁷ Artículo 44 LCJIMC. Reconocimiento: “Se reconocerán en España las resoluciones extranjeras que cumplan con los requisitos previstos en las disposiciones de este título.

Cuando el reconocimiento de una resolución extranjera se plantee de forma incidental en un procedimiento judicial, el juez que conozca del mismo deberá pronunciarse respecto a dicho reconocimiento en el seno de cada procedimiento judicial según lo dispuesto en las leyes procesales. La eficacia del reconocimiento incidental quedará limitada a lo resuelto en el proceso principal y no impedirá que se solicite el exequátur de la resolución extranjera.

En virtud del reconocimiento la resolución extranjera podrá producir en España los mismos efectos que en el Estado de origen.

Si una resolución contiene una medida que es desconocida en el ordenamiento jurídico español, se adaptará a una medida conocida que tenga efectos equivalentes y persiga una finalidad e intereses similares, si bien tal adaptación no tendrá más efectos que los dispuestos en el Derecho del Estado de origen. Cualquiera de las partes podrá impugnar la adaptación de la medida.”

⁸⁸ Referencia de la LRC 2011(última visita:19/04/2017): http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2011-12628

⁸⁹ HEREDIA CERVANTES, I., “La inscripción de relaciones de filiación..., cit., p. 390.

adopción y el acogimiento, pero no la maternidad por subrogación⁹⁰. La gestación por sustitución genera una situación de filiación no contemplada expresamente ni en el artículo 48 del Estatuto de los Trabajadores⁹¹ (en adelante ET), ni en el artículo 133 bis del Real Decreto Legislativo 1/1994⁹², por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la SS ni en el Real Decreto 295/2009⁹³, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la SS por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural. El artículo 133 bis RDL 1/1994, considera situaciones protegidas: la maternidad, la adopción y el acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple de conformidad con el CC o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que lo regulen, siempre que, en este último caso, su duración no sea inferior a un año, y aunque dichos acogimientos sean provisionales, durante los períodos de descanso que por tales situaciones se disfruten. Por otro lado, el artículo 133 ter⁹⁴ de la misma norma establece que los beneficiarios del subsidio por maternidad serán los trabajadores por cuenta ajena, cualquiera que sea su sexo, que disfruten de los descansos referidos en el artículo anterior, siempre que, reuniendo la condición general exigida en el artículo 124.1⁹⁵ y las demás que reglamentariamente se establezcan, acrediten los períodos mínimos de cotización que se detallan.

Tras este análisis normativo, podemos decir que la doctrina⁹⁶ indicaba que habría que esperar al pronunciamiento del TS, que unificase los criterios contradictorios de resoluciones anteriores.⁹⁷

⁹⁰ Puede verse en la siguiente dirección web (última visita: 28/04/2017) : <http://arinsa.es/2017/01/09/la-maternidad-subrogada-genera-derecho-permiso-maternidad-correspondiente-prestacion-economica-seguridad-social/>

⁹¹ Referencia del artículo 48 ET (última visita: 28/04/2017) : <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11430&tn=1&p=20170324#a48>

⁹² Referencia del artículo 133 bis RDL 1/1994 (última visita: 28/04/2017) : <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1994-14960&tn=1&p=20160728#a133bis>

⁹³ Referencia del RD 295/2009 (última visita: 28/04/2017): https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2009-4724

⁹⁴ Referencia del artículo 133 ter RDL 1/1994 (última visita: 28/04/2017): <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1994-14960&tn=1&p=20160728#a133ter>

⁹⁵ “Estar afiliadas y en alta en este Régimen o en situación asimilada al alta, al sobrevenir la contingencia o situación protegida.”

⁹⁶ HIERRO HIERRO, F.J.: “Maternidad subrogada y prestaciones de Seguridad Social”. *Revista Española de Derecho del Trabajo*. Núm. 190. Septiembre. 2016.

⁹⁷ Sentencias que han concedido el acceso a las prestaciones de maternidad en supuestos de gestación subrogada, entre otras: SSTSJ de Madrid de 18 de octubre de 2012 ([rec. Núm. 1875/2012](#)), 13 de marzo de 2013 ([rec. Núm. 3783/2012](#)), 23 de diciembre de 2014 ([rec. núm. 497/2014](#)) y 12 de febrero de 2016 ([rec. núm. 739/2015](#)); SSTS de Catalunya de 23 de noviembre de 2012 ([rec. Núm. 6240/2011](#)), 1 de julio de 2015 ([rec. Núm. 2460/2015](#)) o 11 de febrero de 2016 ([rec. Núm.6519/2015](#)).

Sentencias que deniegan las citadas prestaciones: las SSTSJ de Madrid de 7 de julio de 2014 ([rec. núm. 142/2014](#)) y 5 de octubre de 2015 ([rec. núm. 473/2015](#)) o las SSTSJ del País Vasco de 13 de mayo de 2014 ([rec. núm. 749/2014](#)) y 3 de mayo de 2016 ([rec. núm. 651/2016](#)).

Esta unificación se ha conseguido a través de las sentencias del Pleno de la Sala 4ª del TS, de 25 octubre⁹⁸ y de 16 de noviembre⁹⁹, ambas de 2016. Mediante las cuales, basándose en la especial protección del menor, se considera que los comitentes pueden disfrutar de la suspensión de la relación laboral y de las correspondientes prestaciones de SS, y todo ello con independencia de que la situación de gestación por sustitución, no figure de forma expresa como mencionamos anteriormente en el artículo 48.4 ET o en el artículo 177 de la Ley General de a SS¹⁰⁰. A tenor de lo establecido por el TS, es posible en estos casos acudir a la analogía, aplicando la misma solución que se prevé para los supuestos de adopción y acogimiento. Por lo tanto se considera la gestación por sustitución como un supuesto más de maternidad, tanto si es contratada por una pareja heterosexual, homosexual, o por un sujeto en solitario, independientemente de su género, de modo que surgida la necesidad de cuidado del menor, la respuesta del sistema debe de ser la cobertura protectora. Además debemos equiparar dicha circunstancia a la adopción, sí reconocida como situación protegida expresamente, en la que tampoco ha existido parto.

Los criterios establecidos en las sentencias del TS de 25 de octubre y 16 de noviembre de 2016 son los siguientes, a modo de síntesis:

- La nulidad de pleno derecho del contrato de gestación por sustitución no puede suponer que al menor nacido se le prive de derechos. El TS diferencia entre nulidad del contrato de gestación por sustitución y la situación en la que se encuentra el nacido, cuyos derechos no pueden verse perjudicados por la citada nulidad.
- El superior interés del menor, principio básico de aplicación en la solución de cualquier decisión que les afecte, así como la potenciación de los vínculos familiares. Para el TS el “interés superior del menor”¹⁰¹ ha de llevar al juez a una aplicación *in extenso*,

⁹⁸ Referencia (última visita 09/05/2017):

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=7895650&links=%223818%2F2015%22&optimize=20161222&publicinterface=true>

⁹⁹ Referencia (última visita 28/04/2017):

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=7891912&links=%223146%2F2014%22&optimize=20161219&publicinterface=true>

¹⁰⁰ Referencia del artículo 177 TRLGSS (última visita 28/04/2017):

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11724>

¹⁰¹ Recogido en el artículo 8 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, puede verse (última visita 09/05/2017):

<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1979-24010>

teniendo en cuenta, que la normativa interna¹⁰² además, establece que todo menor tiene derecho a que su interés superior sea considerado como primordial en las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como en el privado.

- La protección integral de la familia y de los hijos, y de no discriminación. En los casos de no otorgamiento de protección por maternidad en los supuestos de gestación por sustitución, se producía una discriminación por razón de filiación, que estaría en contra de los artículos 14¹⁰³ y 39.2¹⁰⁴ de la CE. Para el TS la nulidad del contrato no hace desaparecer la situación de necesidad originada por el nacimiento del menor y su inserción en un núcleo familiar, a la que deben dar respuesta las prestaciones de SS.
- La aplicación analógica de los supuestos de adopción o acogimiento, respecto del acceso a las prestaciones por maternidad. Para el TS, la cobertura no se dirige solo a los casos de maternidad biológica, ya que el periodo de descanso de 16 semanas tiene una doble finalidad: por un lado se dirige a la recuperación, seguridad y salud de la madre y por otro, al desarrollo de las especiales relaciones entre la madre o padre y su hijo durante el periodo posterior al nacimiento del menor, aunque no haya que proteger la salud de la madre. Estas relaciones se producen también en los nacimientos por maternidad subrogada, por lo que dichas situaciones han de ser debidamente protegidas.¹⁰⁵

Para el TS, la posición de los progenitores en casos de gestación subrogada es similar a la que, también como progenitores, ocupan las personas que se hallan en las situaciones de adopción o acogimiento, considerando, además, que “pugna con la lógica más primaria que se deniegue la prestación en los supuestos de gestación por sustitución cuando se reconocería *ex lege* si el solicitante se hubiera limitado a adoptar o a acoger a un menor, o a manifestar que lo ha engendrado junto con la madre”¹⁰⁶

¹⁰² Artículo 21.1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 enero, de Protección Jurídica del Menor, puede verse en c): <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1996-1069>

¹⁰³ “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.”

¹⁰⁴ “Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.”

¹⁰⁵ PANIZO ROBLES, J.A., “¿Se abre la brecha? El Tribunal Supremo reconoce el derecho a las prestaciones de Seguridad Social por maternidad en los supuestos de maternidad “subrogada”, *CEF Laboral Social*, 2016. Puede verse en (última visita 09/05/2017): http://www.laboral-social.com/sites/laboral-social.com/files/Express_Panizo_diciembre-2016_c_s.pdf

¹⁰⁶ Apartado 2B) del Fundamento Jurídico 9º de la STS de 25 de octubre de 2016, puede verse en (última visita 09/05/2017):

VI. CUESTIONES FINALES RELATIVAS A LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

i. Posturas y argumentos en contra y a favor

En primer lugar, podemos hacer referencia a la postura que se muestra contraria a la gestación por sustitución, argumentando que se trata de contratos inmorales y que de celebrarse los mismos, serían nulos, por estar las personas fuera del comercio, ya que a ello se opone su dignidad y el respeto al ser humano, así queda establecido en el artículo 21 del Convenio Europeo sobre los Derechos Humanos y Biomedicina¹⁰⁷ y en el artículo 4 de la Declaración de UNESCO sobre genoma humano¹⁰⁸.

La gestación por sustitución supone una explotación de la mujer debido a que conlleva a la utilización de las mujeres pobres (son las que más expuestas se encuentran a este tipo de explotación) por las ricas o a la utilización de las mujeres de los países del tercer mundo por las mujeres del primer mundo como consecuencia del turismo reproductivo. Se habla con frecuencia de “turismo reproductivo”, “turismo procreativo” o “turismo de fertilidad”. Sin embargo, la European Society of Human Reproduction and Embryology (ESHRE) se ha mostrado especialmente crítica con la utilización del término “turismo” en estos casos, por considerar que se banalizan las razones por las que los individuos acceden a las técnicas de reproducción asistida¹⁰⁹. En su lugar ha optado por una expresión más neutra “Cross-border reproductive care”¹¹⁰. El término “turismo” encierra connotaciones negativas, entre ellas, que se trate de una opción únicamente para las personas que pueden económicamente permitírselo o que implique y aumente el riesgo de que las mujeres que viven en países en desarrollo sean explotadas por aquellos que provienen de países más ricos, con los posibles riesgos de tráfico que se pueden generar¹¹¹.

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=7895650&links=%223818%2F2015%22&optimize=20161222&publicinterface=true>

¹⁰⁷ [Artículo 21 del Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina](#)

¹⁰⁸ [Artículo 4 de la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos](#)

¹⁰⁹ PENNING G., DE WERT G., SHENFIELD F., COHEN J., TARLATZIS B. AND DEVROEY P., “ESHRE Task Force on Ethics and Law 15: Cross-border reproductive care”, *Human Reproduction*, vol. 23, nº 10, pp. 2182–2184, 2008. Puede verse en (última visita: 12/05/2017): humrep.oxfordjournals.org/content/23/10/2182.full.pdf

¹¹⁰ FARNÓS AMORÓS, E., “European Society of Human Reproduction and Embryology 26th Annual Meeting”, *Indret, Revista para el análisis del derecho*, 2010, p. 7.

¹¹¹ DURÁN AYAGO, A. “El acceso al registro civil...”, cit., pp. 271 y 272.

La gestación por sustitución puede conllevar a situaciones de abuso respecto de el o los comitentes, generalmente “desesperados” por tener un hijo.

Estos acuerdos pueden implicar también, una manipulación del cuerpo femenino como mero recinto gestador¹¹². En este sentido se afirma que la gestación por sustitución importa una cosificación de la mujer, en virtud de que la gestante se convierte en una “incubadora humana” para el hijo de otra persona. Dicha cosificación atenta contra la libertad y autonomía de las mujeres en aquellos casos en que no lo deciden libremente porque su voluntad está socialmente o económicamente influenciada.

Por otro lado, esta experiencia puede afectar a la salud física y psíquica de la gestante, ya que el procedimiento gestacional puede perjudicarle y no pueden de antemano, predecir sus actitudes hacia los niños que darán a luz y, además, porque la entrega de los bebés las hacen sujetos posibles de sufrimientos emocionales¹¹³.

También podemos resaltar los menoscabos que pueden sufrir los niños que nacen a través de esta práctica, relativos a la ruptura del vínculo materno-filial que se establece durante la gestación, a las dificultades de aceptación social y por los inconvenientes de tener que hacer frente a varias figuras maternas¹¹⁴. La confusión de roles y funciones familiares pueden generar, no solo problemas jurídicos y morales, sino también psicosociales. El impacto psicológico cuando el hijo conoce su verdadera procedencia es un riesgo asociado a este ámbito. Es necesario un adecuado asesoramiento a las familias para que la reacción sea lo menos negativa posible. De esta forma, se intenta reducir el riesgo de posibles futuros problemas psicosociales¹¹⁵. Otro aspecto que cabe señalar es la dificultad de aceptación por parte de la sociedad y las posibles discriminaciones que pueda sufrir el niño o niña. Este aspecto es atendible, pero no se puede alegar que no es moral la subrogación porque la sociedad pueda discriminar o no

¹¹²El Informe de la Comisión especial de Estudio de la Fecundación in Vitro e Inseminación Artificial Humana, aprobado en el Pleno del Congreso de los Diputados en su sesión del día 10 de abril de 1986, sostenía que la gestación por sustitución puede “constituirse en una nueva forma de manipulación del cuerpo femenino (a la que la situación desfavorable de la mujer en el mercado de trabajo puede contribuir), inadmisibles en una sociedad democrática y justa, que posiblemente desencadenaría un abuso y una comercialización, a todas luces condenables y punibles, pero no por ello de larvada realización”. Referencia (última visita

09/05/2017):http://www.congreso.es/public_oficiales/L2/CONG/DS/PL/PL_280.PDF

¹¹³ ZANNONI, E., “La genética actual y el derecho de familia”. Comunicación presentada al Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia, Cáceres del 16 al 20 de octubre de 1987, Tapia, Diciembre 1987, número monográfico de Derecho de Familia, nº. II. Pág. 54

¹¹⁴ LAMM, E., “Gestación por sustitución. Realidad y Derecho.”, *Revista para el análisis del derecho*, InDret, Barcelona, 2012, pp. 5-7.

¹¹⁵ LÓPEZ GUZMÁN, J., APARISI MIRALLES, A., “Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada”, *Cuad. Bioét.* XXIII, 2012/2º, p. 263. Referencia (última visita: 12/05/2017): <http://aebioetica.org/revistas/2012/23/78/253.pdf>

aceptar a dichos niños. Si objetamos la práctica de la subrogación por las dificultades de aceptación de la sociedad, no habría casi avances ni cambios en ningún área. Algunos críticos también mencionan las dificultades que estos niños podrían tener para asumir su identidad o los problemas que les ocasionaría conocer su verdadera historia al crecer, esto tampoco se observa en los estudios realizados y objeciones similares podrían plantearse en niños adoptados y, sin embargo, nadie cuestiona esta práctica¹¹⁶.

Se convierte al hijo en objeto de comercio, al pretender poder disponer y celebrar acuerdos al respecto del mismo. Se plantean problemas de difícil solución en casos de complicaciones imprevistas, cuando el bebé se transforma en producto no deseado de una transacción económica como consecuencia de una enfermedad, discapacidad¹¹⁷ o malformación que afecte al embrión¹¹⁸. Asimismo se observan problemas¹¹⁹ relativos al aborto.¹²⁰

En definitiva, los casos mencionados, entre muchos otros, ponen de relieve que la gestación por sustitución no es, de manera generalizada, una práctica acordada entre adultos que no perjudica a terceros y que, siempre, produce beneficios para todos los sujetos implicados. En determinadas ocasiones puede tener consecuencias negativas

¹¹⁶ MARTÍN CAMACHO, J., “Maternidad subrogada...cit., pp. 12-13. Puede verse en la siguiente dirección web (última visita: 12/05/2017): <http://www.fundacionforo.com/pdfs/maternidadsubrogada.pdf>

¹¹⁷ En el mes de agosto de 2014, una pareja homosexual de australianos dejó abandonado en Tailandia un bebé nacido con síndrome de Down, pero se llevaron a su gemela que nació sana. La madre de alquiler se quedó con el bebé enfermo, a pesar de su situación económica, y solicitó que se le devolviese a la niña sana, pero se le denegó y la niña se ha quedado con los dos hombres que la compraron. Referencia (última visita: 10/05/2017): <https://www.babygest.es/una-pareja-rechaza-a-su-hijo-nacido-por-subrogacion-porque-tiene-sindrome-de-down/>

¹¹⁸ MUJER, MADRE Y PROFESIONAL DE PROFESIONALES POR LA ÉTICA, “Vientres de alquiler. Maternidad subrogada. Una nueva forma de explotación de la mujer y de tráfico de personas.” Abril 2015, pp. 3-4.

¹¹⁹ Como ejemplo, podemos citar un caso que tuvo lugar en EEUU: Helen Beasley, británica, de 26 años, acordó con una pareja americana llevar a cabo una gestación, tras haberle implantado un óvulo fecundado con el esperma del varón de la pareja, con la finalidad de ceder a ésta todos los derechos sobre el niño nacido de esta técnica. La pareja estadounidense acordó pagarle 19.000 dólares. Pero en el contrato incorporan una cláusula que estipulaba que se realizara una “reducción selectiva” en caso de producirse un embarazo múltiple. La mujer portadora quedó embarazada de gemelos. Se lo comunica a la pareja, y ésta solicita que se deshaga de uno de los fetos al final de la decimotercera semana. Sin embargo, ella se niega, alegando que peligraba su vida y la de los niños. La pareja, entonces, amenaza con no cumplir con sus obligaciones financieras. Finalmente, da a luz a los niños y, decide no entregarlos a la pareja estadounidense. Los Tribunales Californianos otorgan la custodia a la pareja comitente. El Tribunal Supremo inglés concluye que el matrimonio tenía la custodia según las leyes californianas pero la gestante tiene responsabilidad legal bajo las leyes inglesas, puesto que éstas prohíben la gestación de sustitución. Se apela finalmente a los Convenios internacionales sobre secuestro de niños, determinando que podrían volver a EEUU solo si habitualmente residieran allí. Dado que el juez consideró que no tenían lugar de residencia habitual, el matrimonio estadounidense perdió la apelación y los mellizos, de momento, podrán quedarse en Inglaterra. Se trata de un caso que genera innumerables problemas legales, pero que además muestra las diferentes implicaciones éticas que pueden conllevar los contratos de gestación de sustitución. (SOUTO GALVÁN, B., “Dilemas éticos sobre la reproducción humana. La gestación de sustitución”, *Feminismo/s*, 2006, pp. 189-190.)

¹²⁰ LAMM, E., “Gestación por sustitución. Realidad..., cit., pp. 5-7.

para las partes más vulnerables y, especialmente, cosifica al hijo, subordinándolo a los deseos de los adultos¹²¹.

En relación al debate ético en el que nos encontramos, es necesario contra argumentar, en segundo lugar, a favor de la gestación por sustitución. En la mayoría de las ocasiones todos los participantes se suelen beneficiar de la misma, el niño que nace no hubiera nacido si la práctica no se hubiera realizado y es recibido por una familia que lo desea, los padres logran acceder a la paternidad y la gestante puede satisfacer su deseo de ayudar a otras personas y obtener un beneficio, normalmente económico¹²².

Los argumentos que han sido utilizados en favor de la gestación subrogada son muy variados¹²³, los compendiamos de la siguiente manera¹²⁴:

- La gestación por sustitución disminuye las consecuencias de la esterilidad y ofrece soluciones en los casos en los que la mujer padece algún tipo de anomalía uterina significativa y necesita a otra para gestar o tiene una carencia congénita de útero (síndrome de Rokitansky).¹²⁵ La gestación por sustitución es una manifestación del derecho a procrear, implícito en el derecho a la libertad, la dignidad humana, el derecho a fundar una familia y el libre desarrollo de la personalidad. También se apela a la libertad reproductiva que importa la libertad de procrear o no, elegir cuándo, con quién y cómo hacerlo, y al derecho de las gestantes a servirse libremente de su cuerpo¹²⁶.
- Se sostiene que al tratarse de un acuerdo libre y voluntario, no hay por qué hablar de explotación o cosificación, ni aun interviniendo dinero. Este argumento subestima la capacidad de consentir de la mujer.
- Respecto al argumento de la inmoralidad de dicha práctica, tenemos que decir que es un argumento antiguo y está desacreditado. La moralidad convencional no debe limitar

¹²¹ LÓPEZ GUZMÁN, J., APARISI MIRALLES, A., “Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada”, Cuad. Bioét. XXIII, 2012/2º, p. 263. Referencia (última visita 12/05/2017): <http://aebioetica.org/revistas/2012/23/78/253.pdf>

¹²² MARTÍN CAMACHO, J., “Maternidad subrogada...cit., pp. 15-16. Puede verse en la siguiente dirección web (última visita 12/05/2017): <http://www.fundacionforo.com/pdfs/maternidadsubrogada.pdf>

¹²³ HIGUERA G., “Maternidad Subrogada”, *Nuevas Técnicas de Reproducción Humana*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1986, pág. 94.

¹²⁴ LEONSEGUI GUILLOT, R. A., “La maternidad portadora, sustituta, subrogada o de encargo”, *Boletín de la Facultad de Derecho*, núm.7, 1994, pp. 324 y 325.

¹²⁵ Referencia (última visita 13/05/2017): <https://www.babygest.es/indicaciones-de-la-gestacion-subrogada/>

¹²⁶ LAMM, E., “Gestación por sustitución. Realidad..., cit., pp. 7 y 8.

la libertad de las personas a participar en actividades consensuadas cuando estas no dañen a otros¹²⁷. Esta afirmación la podemos aplicar en un doble sentido: por un lado, respecto a las madres gestantes, ya que éstas son libres para decidir sobre su cuerpo, responsabilizándose de sus actos, y sus motivos no tienen que estar siempre vinculados a los beneficios económicos derivados de situaciones de explotación o pobreza¹²⁸; y por otro lado, respecto a las parejas de varones, ya que es la única opción que tienen de tener un hijo genéticamente propio. De lo contrario se estarían vulnerando los principios de igualdad y no discriminación.

- No atenta contra la salud física y psíquica de la gestante, los estudios no han encontrado ningún tipo de trastorno en las mujeres que han actuado como gestantes. Se afirma que es bastante arduo constituir una teoría sólida sobre la influencia y el intercambio prenatal, ya que depende de cada mujer de manera singular. No todas las mujeres se relacionan con los embarazos en la misma forma, lo que significa que desprenderse del niño que han gestado no importa en todas ellas necesariamente un daño.
- La gestación por sustitución no viola el interés superior del niño, ya que el niño nace en una familia que lo desea y no hubiera nacido de no haberse recurrido a esta práctica.¹²⁹
- Respecto a la adopción, tenemos que decir que en muchas ocasiones no cubre la visión de familia de determinadas personas que desean tener un hijo “natural”, por lo que la gestación subrogada se justifica respecto de ésta por:
 - Los largos procesos de adopción que llevan a buscar otra alternativa.
 - El descenso del número de niños dados en adopción (especialmente en EE.UU.).
 - No es justo ni moral establecer un doble estándar para las personas que no tienen problemas para concebir y otro para las que sí: deber moral de adoptar para unos y exclusión del mismo para otros.
 - La gestación subrogada permite que al menos un comitente aporte su material genético¹³⁰.

¹²⁷ LAMM, E., “Gestación por sustitución. Realidad..., cit., pág. 8.

¹²⁸ MARTÍN CAMACHO, J., “Maternidad subrogada...cit., pp. 7-10. Puede verse en la siguiente dirección web(última visita 12/05/2017): <http://www.fundacionforo.com/pdfs/maternidadsubrogada.pdf>

¹²⁹ LAMM, E., “Gestación por sustitución. Realidad..., cit., pp. 9 y 10.

¹³⁰ LAMM, E., “Gestación por sustitución. Realidad..., cit., pág. 9.

Si todas las personas gozamos de los mismos derechos, el hecho de obligar a aquellos que tienen problemas de fertilidad a considerar la adopción como primera y única alternativa para ser padres, es injusto¹³¹.

ii. Posibles soluciones

La inviabilidad de la inscripción en España de un niño nacido de operaciones de maternidad subrogada origina la frustración de la necesidad humana de procrear, aun por encima de los límites impuestos por la propia naturaleza; necesidades a las que es preciso dar una respuesta. Se reclama un debate sobre la naturaleza del artículo 10 de la LTRHA y sobre la necesidad de un cambio jurídico, con tránsito hacia posiciones abiertas. Sería necesario esclarecer la naturaleza del mencionado artículo, es decir, si se trata de una norma de policía o bien de una ley interna perteneciente a orden público internacional, ya que las consecuencias serían distintas.

Si mantenemos que se trata de una ley o norma de policía¹³², no se puede dudar de su carácter de norma de ámbito estrictamente territorial, sin que pueda extenderse a la validez o nulidad de los contratos de gestación por sustitución que se suscriban más allá de nuestras fronteras.

En cambio, si dicha norma pertenece al ámbito del orden público internacional, cualquier petición de reconocimiento de decisiones extranjeras o de traslación de actas registrales extranjeras a nuestras *tabulae*, colisionará con las diversas normas¹³³ que incorporan la excepción de orden público internacional¹³⁴.

¹³¹ MARTÍN CAMACHO, J., “Maternidad subrogada...cit., pp. 14-15. Puede verse en la siguiente dirección web (12/05/2017): <http://www.fundacionforo.com/pdfs/maternidadsubrogada.pdf>

¹³² Artículo 8 del Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, por el que se sanciona con fuerza de Ley el texto articulado del título preliminar del Código Civil: “Las leyes penales, las de policía y las de seguridad pública obligan a todos lo que se hallen en territorio español.” Referencia (última visita 16/05/2017): <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1974-1083>

¹³³ Contenidas en los convenios internacionales ratificados por España o en el art. 954 LEC 1881, vigente hasta la promulgación de la Ley sobre Cooperación jurídica internacional en materia civil, concretamente queda regulado de la siguiente manera: Título V. Del reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales y documentos públicos extranjeros, del procedimiento de exequátur y de la inscripción en Registros públicos, dividido en seis capítulos: 1. Disposiciones generales (arts. 41 a 43), 2. Del reconocimiento (arts. 44 a 49), 3. De la ejecución (arts. 50 y 51), 4. Del procedimiento judicial de exequátur (arts. 52 a 55), 5. De los documentos públicos extranjeros (arts. 56 y 57) y 6. De la inscripción en Registros públicos (arts. 58 a 61). Referencia (última visita 16/05/2017): <https://boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323&p=20151028&tn=1#ddunica>

¹³⁴ ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L., “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de ley y el correctivo de orden público internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2014, pp. 43-45.

VELA SÁNCHEZ¹³⁵, afirma que para evitar fraudes de ley, solventar problemas de infertilidad no salvables mediante los mecanismos establecidos en la actual LTRHA y favorecer la paternidad biológica, se debería proponer una regulación del convenio de gestación por sustitución en nuestro derecho. La labor del jurista no debe limitarse a explicar la mera realidad, sino que debe brindar soluciones a la sociedad con imaginación y valentía, estimulando al legislador a dar los pasos necesarios para plasmarlas. Solo así, la labor investigadora tiene sentido en este mundo cambiante que necesita respuesta rápidas para conflictos nuevos y crecientes. En consecuencia propone una regulación del convenio de gestación por sustitución teniendo en cuenta también otras normativas extranjeras.¹³⁶

Las familias que recurren a esta técnica o la necesitan, se han movilizado a través de organizaciones como Son Nuestros Hijos¹³⁷ o la Asociación por la Gestación Subrogada en España¹³⁸ para promover su regulación. Uno de los proyectos que podemos mencionar es la Iniciativa Legislativa Popular, cuyo objetivo es llevar al Congreso de los Diputados a una propuesta de ley¹³⁹.

Respecto al convenio de gestación por sustitución, podemos decir que VELA SÁNCHEZ¹⁴⁰, lo dispondría de la siguiente manera:

- 1) Concepto: El convenio de gestación por sustitución es un negocio jurídico especial de Derecho de Familia, oneroso o gratuito, formalizado en documento público notarial, por el que una mujer, con plena capacidad de obrar, consiente libremente en llevar a cabo la concepción -mediante técnicas de reproducción asistida- y gestación, aportando o no su óvulo, con el compromiso irrevocable de entregar el nacido -cuyo origen biológico debe constar claramente- a los otros intervinientes, que pueden ser sujetos individuales o una

¹³⁵VELA SÁNCHEZ, A.J., “Propuesta de regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España”, Diario La Ley, N° 7621, Mayo 2011, pág. 1.

¹³⁶La Ley de Gestación Subrogada para el Distrito Federal de México -LGS- (aprobada el 30 de noviembre de 2010), el Proyecto del Senado francés de 27 de enero de 2010; la Ley canadiense de Reproducción Humana Asistida, de 29 de marzo de 2004 (LRHA); el art. 123.2.º del nuevo Código de Familia ucraniano, de 26 de diciembre de 2002 (CFU) -en relación con la Ley ucraniana “Sobre trasplante de órganos y otros materiales anatómicos humanos”, de 16 de julio de 1999-; y la Ley Básica núm. 5487-1 “Sobre la protección de la salud de los ciudadanos de la Federación de Rusia”, de 22 de junio 1993 (LBR) -en conexión con el Anexo núm. 1 a la Orden del Ministerio de Salud Pública núm. 67 “Sobre la aplicación de las técnicas de reproducción asistida en el tratamiento de la infertilidad femenina y masculina”, de 26 de febrero de 2003 (OMSP).

¹³⁷Puede verse en (última visita 16/05/2017): <http://www.sonnuestroshijos.com/>

¹³⁸Puede verse en (última visita 16/05/2017): <http://xn--gestacionsubrogadaenpaa-woc.es/>

¹³⁹VILA-CORO VÁZQUEZ, A., “Hacia una regulación de la Gestación por Sustitución como Técnica de Reproducción Asistida”, *Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual*, Boletín del Ministerio de Justicia, Núm. 2179, Junio 2015, pág. 292.

¹⁴⁰VELA SÁNCHEZ, A.J., “Propuesta de regulación del convenio...”, cit., pág. 4.

pareja, matrimonial o de hecho, plenamente capaces y de los cuales al menos uno sea aportante de material genético.

2) Forma: El convenio de gestación por sustitución se formalizará en documento público notarial¹⁴¹, realizado con anterioridad al embarazo de la mujer gestante generado mediante inseminación artificial.

3) Consentimiento, dentro del mismo podemos hablar de:

- Voluntariedad: El Notario interviniente deberá verificar especialmente que el consentimiento de la mujer gestante se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo, violencia o intimidación. Este presupuesto relacionado fundamentalmente con la mujer gestante se basa en que se trata del interés más necesitado de protección en este convenio de maternidad subrogada.¹⁴²
- Irrevocabilidad: Los consentimientos prestados en el convenio de gestación por sustitución serán irrevocables con independencia de su carácter oneroso o gratuito. En cuanto a los padres contratantes, éstos estarán obligados a hacerse cargo del hijo nacido -o hijos si se trata de dos o más-, con independencia de su estado, esto es, aunque naciera con algún defecto o incapacidad -con algún problema o anomalía.

4) Respecto a los requisitos podemos diferenciar:

- a) Los exigidos a los padres o madres intervinientes, persona soltera o pareja matrimonial o de hecho estable, tanto heterosexual como homosexual. El interviniente deberá ser mayor de veinticinco años¹⁴³, y si se trata de pareja matrimonial o de hecho estable, basta que uno de sus miembros haya alcanzado dicha edad. Respecto de la mujer o

¹⁴¹Sería el Notario quien constataría la plena capacidad de obrar de las partes contratantes, la edad requerida y, en especial, la libertad del consentimiento prestado por la mujer gestante, evitando posibles errores o engaños y poniendo en conocimiento del Juez o Ministerio Fiscal la hipotética concurrencia de violencia, coacción o intimidación. Además, el Notario deberá recabar las certificaciones médicas que sean establecidas legalmente.

¹⁴²Ya que no se limita sólo, en su caso, a la donación de su material genético o a la cesión de su útero para la implantación de un embrión ajeno, sino que puede llegar a implicar también la disposición de su integridad psico-física.

¹⁴³La razón de la exigencia de veinticinco años entronca con el criterio deducido del régimen de adopción. Se entiende que si el legislador exige esta edad para ser adoptante, por la trascendencia y madurez que supone e implica la paternidad o maternidad, debería seguirse el mismo criterio para la realización del convenio de maternidad subrogada.

mujeres interesadas, debe acreditarse fehacientemente la imposibilidad biológica¹⁴⁴ del embarazo o de llevarlo a cabo sin peligro grave para su salud o la del niño. En cuanto al padre o madre interesado, si es persona sola, o al menos uno de los padres o madres intervinientes, si se trata de pareja matrimonial o de hecho estable, deberá ser aportante de material genético¹⁴⁵.

- b) Los exigidos a la mujer gestante. La mujer gestante debe tener más de veinticinco años¹⁴⁶, buen y justificado estado de salud psicofísica y plena capacidad de obrar. Deberá tener, por lo menos, un hijo propio¹⁴⁷ sano. Solo podrá realizar este convenio en dos ocasiones.¹⁴⁸ Podrá ser persona extraña a los contratantes o pariente colateral o por afinidad¹⁴⁹. Tendrá derecho a una indemnización razonable por los gastos de embarazo y parto que no sean cubiertos por la SS aunque la gestación no culmine por causas no imputables a ella¹⁵⁰.
- c) Constancia del origen biológico del hijo¹⁵¹: El convenio de gestación por sustitución posibilitará que el hijo nacido pueda conocer su origen biológico¹⁵²

¹⁴⁴Para garantizar el cumplimiento de este presupuesto de infecundidad, debería exigirse por el Notario interviniente, en todo caso y al tiempo de formalizar el convenio de gestación por sustitución, certificación médica (expedida como mínimo por dos especialistas independientes), en la que se confirme la imposibilidad absoluta o contraindicación de gestación respecto de la mujer soltera o que forme parte de la pareja solicitante o de las mujeres que constituyan una pareja homosexual, matrimonial o de hecho.

¹⁴⁵Esta premisa contractual puede fundamentarse en el dato de que el convenio de maternidad subrogada sólo sería concebible como medio para solventar problemas de infertilidad que no pueden salvarse mediante los mecanismos contemplados en la LTRHA, es decir, como instrumento para el logro de la paternidad biológica de, al menos, uno de los miembros de la pareja, aspiración que, de otro modo, no sería posible. Deberá justificarse (también ante el Notario otorgante), la aportación de material genético de, al menos, uno de los componentes de la pareja, también por certificación médica realizada por institución o especialista ajeno al centro donde se realizó la técnica de reproducción asistida.

¹⁴⁶se aplica el mismo criterio antes explicado.

¹⁴⁷Requisito razonable y lógico éste extraído del Proyecto del Senado francés, para suavizar el dolor de la madre portadora al separarse del bebé a su nacimiento. Referencia (última visita: 16/05/2017):

<http://www.senat.fr/leg/ppl09-234.html>

¹⁴⁸Este requisito si lo orientamos hacia la protección de la salud de la mujer gestante no sería necesario, ya que como hemos señalado, aquélla debe tener un buen y justificado estado de salud psicofísica. Pero dicho requisito impediría la profesionalización de la función de madre subrogada en los casos en los que media retribución.

¹⁴⁹Con este requisito se descarta el parentesco por consanguinidad -en cualquiera de sus grados-, para evitar situaciones filiatorias demasiado extrañas.

¹⁵⁰El contrato no podrá tener fines de lucro, pero sería muy conveniente, que la mujer gestante tuviera una recompensa moderada además de la devolución de los gastos ocasionados desde la inseminación artificial hasta el post-parto.

¹⁵¹Este presupuesto contractual está en conexión directa con lo que el actual art. 180.5 CC dispone respecto de las personas adoptadas, quienes, “alcanzada la mayoría de edad o durante su minoría de edad representadas por sus padres, tendrán derecho a conocer los datos sobre sus orígenes biológicos”. Eso sí, como ocurre respecto de los adoptados, teniendo en cuenta la trascendencia que el ejercicio de este derecho tiene y los diferentes intereses en juego, no puede pretenderse un uso abusivo. Igualmente, rotos

VII. CONCLUSIONES

1. La gestación por encargo existe desde tiempos inmemoriales bajo su modalidad tradicional. No obstante, la subrogación gestacional, tal como se halla configurada actualmente y basada en técnicas de reproducción asistida, como la inseminación artificial o la fecundación “in vitro”, es la que, avanzando de la mano de la ciencia, se encuentra en auge hoy en día.
2. Cuando una pareja acude a un profesional del derecho para que intervenga en la tramitación de una paternidad por subrogación, se desconocen las dificultades tanto biológicas como legales con las que se van a encontrar y que van a afectar negativamente a su decisión, por lo que deberán ser correctamente asesoradas al respecto antes de iniciar el trámite.
3. Los convenios de gestación por sustitución se encuentran expresamente prohibidos y sancionados en nuestro país. Sin embargo, encontramos mecanismos legales que permiten la inscripción registral de los nacidos a partir de dicha técnica, alcanzándose jurídicamente, por tanto, los efectos últimos del contrato, lo que supone una total incongruencia que crea un clima de incertidumbre e inseguridad jurídica, siendo clara la necesidad de una regulación en la materia que proteja a todas las personas que intervienen en el proceso, especialmente, el interés superior del menor y el de la madre gestante mediante, entre otros, el control de que su consentimiento se ha prestado libremente.
4. La obligación impuesta en el artículo 39.2 de la Constitución Española a los poderes públicos, que deben asegurar la protección integral de los hijos, con independencia de su filiación, hace necesario que deban considerar especialmente el interés superior del menor, el cual se halla asimismo proclamado en tratados internacionales, como la Convención sobre los Derechos del Niño, que entró en

por el convenio de maternidad subrogada los vínculos jurídicos con la mujer gestante, ésta no puede ser compelida (ni siquiera judicialmente-) a contactar o relacionarse con su hijo por naturaleza. (VELA SÁNCHEZ, A.J., “El derecho del adoptado a conocer sus orígenes biológicos”, *Diario La Ley*, Núm. 7526, 2010, pp.1 y ss.)

¹⁵²VELA SÁNCHEZ, A.J., “Propuesta de regulación del convenio...”, cit., pp. 4-13.

vigor el 2 de septiembre de 1990, y legislar en el sentido de dotar a los menores de esa especial protección.

5. Ante la incoherencia, insuficiencia y contradicciones existentes en la normativa española, se hace necesaria una urgente reforma de las normas que afectan a la materia, que disipe la inseguridad jurídica a la que se hallan sometidos los que actualmente acuden, o desean acudir, a dicha práctica, ya sea para prohibir completamente dicha práctica mediante mecanismos efectivos, o bien para permitirla en supuestos concretos o en sentido amplio.
6. La nueva Ley del Registro Civil supone la unificación legal del procedimiento a seguir para lograr la inscripción de la filiación en base a las resoluciones jurisdiccionales extranjeras que atribuyen la paternidad a los padres comitentes. A partir de su entrada en vigor, será necesario acudir en todo caso al Registro Civil Central a realizar dicho trámite, no siendo competentes en lo sucesivo, los respectivos Consulados de España radicados en el extranjero.
7. Muchos países están legislando en la materia y/o adecuando la legislación de que disponen, a la realidad social existente. Pero la tendencia no es uniforme, ya que algunos de ellos tienden a flexibilizar las exigencias, como sucede en el caso de Rusia, en que ya les es posible a parejas no casadas o personas individuales el acceso a la paternidad subrogada (y ya no sólo a parejas heterosexuales casadas); y otros, como la India, tienden a una regulación más restrictiva al respecto.
8. Es de extrañar que en la Unión Europea, cuya preocupación ha sido constante en materia de Derechos humanos, entre otros, los derechos de la mujer y del niño, no haya existido ninguna iniciativa legislativa ni se haya pronunciado sobre esta práctica, al objeto de regular la maternidad subrogada, de forma que se protegieran los derechos del niño y de las partes implicadas en el proceso, permitiéndose con ello una uniformidad en las legislaciones de todos los países miembros.
9. Ante un incumplimiento por parte de la gestante o por parte de los comitentes del convenio, podrán surgir infinidad de problemas, con el grave perjuicio que esta

situación supone para el menor, por lo que es necesaria una correcta regulación normativa de esta figura.

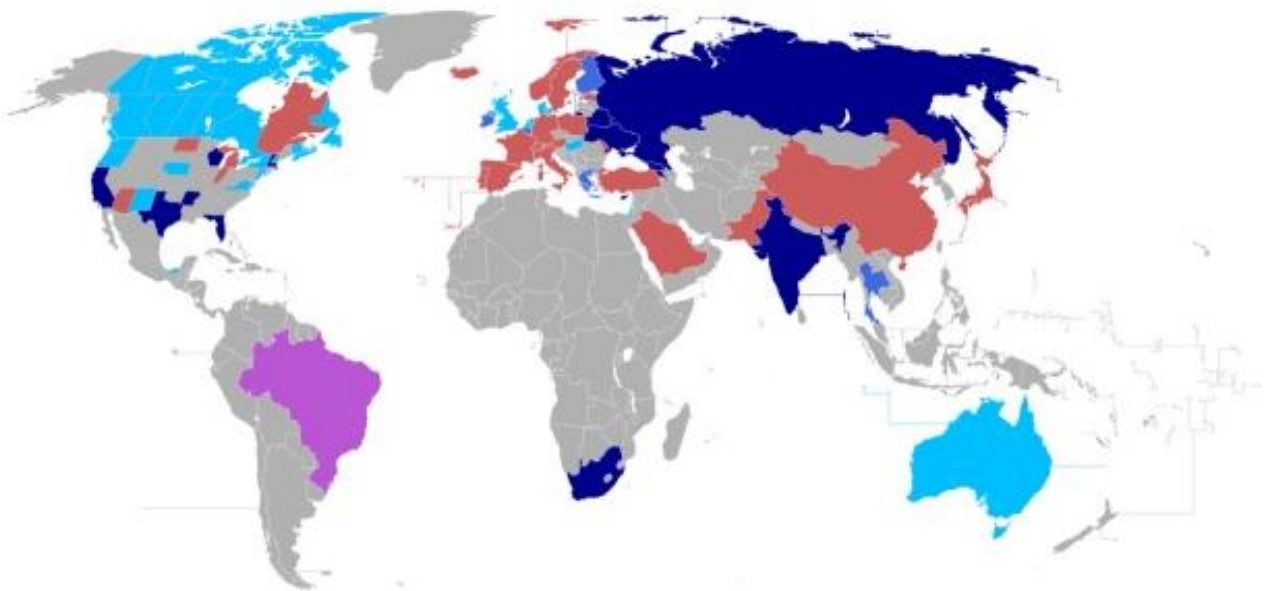
10. En caso de que se acepte legalmente la paternidad por subrogación, debería procederse con gran cautela, especificando los supuestos en que se permitiría, y adelantándose a los posibles excesos que se pudieran cometer con tal de evitar supuestos de comercio con la vida humana.

La gestación por sustitución es una realidad existente que requiere la mejor solución, y desde mi punto de vista, ésta es la de no mirar hacia otro lado, es decir, la de regular para ofrecer las garantías necesarias que suscita una cuestión de tales dimensiones. Por esto mismo, planteo como posible solución en el trabajo la necesidad de regular un convenio de gestación por sustitución, que el Profesor VELA SÁNCHEZ desarrolla en su propuesta del Diario La Ley.

Es de vital importancia que la gestación por sustitución esté controlada y regulada de manera consolidada para evitar así, los posibles abusos y problemas que puedan surgir. Ya que desde mi punto de vista la prohibición ni la no regulación es la solución, puesto que las personas que justificadamente requieran de la misma van a seguir acudiendo a ella y la mejor opción es que se regule para garantizar la seguridad y los derechos de todos los intervinientes, en especial del menor. Y también para evitar que se lleve a cabo una comercialización de una técnica que debe ser utilizada solamente en determinadas circunstancias que se estipulen y cuyo fin no sea, en exclusiva, lucrativo, sino más bien altruista.

VIII. ANEXOS

1. Regulación legal de la gestación subrogada en el mundo¹⁵³



Regulación legal de la gestación subrogada en el mundo:

- Legal las formas retribuida y altruista
- Sin regulación legal pero se realiza
- Legal sólo de forma altruista
- Permitida entre familiares hasta segundo grado de consanguinidad
- Prohibida
- No regulada/situación incierta

¹⁵³ Referencia (última visita 26/04/2017): [REF: http://uc3mun.anudi.org/wp-content/uploads/2016/02/WHO.pdf](http://uc3mun.anudi.org/wp-content/uploads/2016/02/WHO.pdf)

Bibliografía

- ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L. (2014). "El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de ley y el correctivo de orden público internacional". *Cuadernos de Derecho Transnacional*.
- BAZ VICENTE, R. (2015). "Aspectos registrales civiles de la filiación en los supuestos de gestación por sustitución". *Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual*.
- BELKIN, L. (2008). "The pregnant man is pregnant again". *The New York Times*.
- BRAZIER, M., CAMPBELL, A., GOLOMBOK, S. (1998). "Surrogacy: Review for Health Ministers of current arrangements for payments and regulation". *Department of Health, Londres*.
- CALVO CARAVACA, A.L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2011). "Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución". *Cuadernos de Derecho Transnacional*.
- COLEMAN, P. (1982). Surrogate motherhood: analysis of the problems and suggestions for solutions. *Tennessee Law Review*.
- DEL ESTAL, E. (2015). "Vientres de alquiler en India: abstenerse extranjeros". *Público*.
- DURÁN AYAGO, A. (2012). "El acceso al registro civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la ley 20/2011: relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución". *Anuario español de Derecho Internacional Privado, Tomo XII*.
- FARNÓS AMORÓS, E. (2010). "European Society of Human Reproduction and Embryology 26th Annual Meeting". *Indret, Revista para el análisis del derecho*.
- FARNÓS AMORÓS, E. (2010). "Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California". *Indret Revista para el Análisis del Derecho*.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. (1994). El derecho a la reproducción humana. Madrid: Marcial Pons.

- HEREDIA CERVANTES, I. (2015). "La inscripción de relaciones de filiación constituidas en el extranjero mediante gestación por sustitución: seis años desperdiciados". *Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual*.
- HIERRO HIERRO, F. (2016). "Maternidad subrogada y prestaciones de Seguridad Social". *Revista Española de Derecho del Trabajo*.
- HIGUERA, G. (1986). "Maternidad Subrogada". *Nuevas Técnicas de Reproducción Humana, Universidad Pontificia de Comillas*.
- HUALDE MANSO, M. (2012). "De nuevo sobre la filiación de los nacidos mediante gestación contratada". *Revista doctrinal, Aranzadi Civil-mercantil*.
- LAMM, E. (2012). "Gestación por sustitución. Realidad y Derecho". *Indret, Revista para el análisis del derecho*.
- LAMM, E. (2013). Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres. Barcelona: Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona.
- LEONSEGUI GUILLOT, R. (1994). "La maternidad portadora, sustituta, subrogada o de encargo". *Boletín de la Facultad de Derecho*.
- LÓPEZ GUZMÁN, J., APARISI MIRALLES, A. (2012). "Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada". *Cuadernos Bioéticos XXIII*.
- MARTÍN CAMACHO, J. (2009). "Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores".
- MUJER, M. P. (2015). "Vientres de alquiler. Maternidad subrogada. Una nueva forma de explotación de la mujer y de tráfico de personas".
- PANIZO ROBLES, J. (2016). "¿Se abre la brecha? El Tribunal Supremo reconoce el derecho a las prestaciones de Seguridad Social por maternidad en los supuestos de maternidad "subrogada". *CEF Laboral Social*.
- PENNINGS G., DE WERT G., SHENFIELD F., COHEN J., TARLATZIS B. AND DEVROEY P. (2008). "ESHRE Task Force on Ethics and Law 15: Cross-border reproductive care". *Human Reproduction*.
- PÉREZ MONGE, M. (2002). La filiación derivada de técnica de reproducción asistida. Madrid: Centro de Estudios Registrales, Fundación Beneficiencia et Peritia Iuris.
- PRATS, J. (2008). "Busco madre de alquiler... en el extranjero". *El País*.
- SOUTO GALVÁN, B. (2005). "Aproximación al estudio de la gestación de sustitución desde la perspectiva del bioderecho". *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*.

- VELA SÁNCHEZ, A. (2010). "El derecho del adoptado a conocer sus orígenes biológicos". *Diario La Ley*.
- VELA SÁNCHEZ, A. (2011). "Gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler". *Diario La Ley*.
- VELA SÁNCHEZ, A. (2011). "La gestación de sustitución o maternidad subrogada: El derecho a recurrir a las madres de alquiler". *Diario La Ley*.
- VELA SÁNCHEZ, A. (2011). "Propuesta de regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España". *Diario La Ley*.
- VILA-CORO VÁZQUEZ, A. (2015). "Hacia una regulación de la gestación por sustitución como técnica de reproducción asistida". *Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual. Boletín del Ministerio de Justicia Núm. 2179*.
- VILAR GONZÁLEZ, S. (2014). "Situación actual de la gestación por sustitución". *Revista de Derecho UNED*.
- ZANNONI, E. (1987). "La genética actual y el derecho de familia". *Número Monográfico de Derecho de Familia nºII*.

Legislación

- 750 Illinois Compiled Statues 47/20 (a), 47/20 (b), 47/25 (c)
- Arizona Revised Statues
- California Family Code
- Código Civil Español
- Constitución española de 1978
- Convención sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989 de las naciones unidas
- Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales
- Convenio europeo sobre los derechos humanos y biomedicina
- Declaración de UNESCO sobre genoma humano
- Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, por el que se sanciona con fuerza de ley el texto articulado del título preliminar del código civil
- District of Columbia Code
- Human Fertilisation and Embryology Act, 2008
- Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida
- Ley básica núm. 5487-1 “sobre la protección de la salud de los ciudadanos de la federación de Rusia”, de 22 de junio 1993
- Ley Canadiense de la Reproducción Humana Asistida, de 29 de marzo de 2004
- Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil del 30 de julio de 2015
- Ley de Enjuiciamiento Civil Española 1881
- Ley de Gestación Subrogada para el Distrito Federal de México, 2010
- Ley del Registro Civil 2011
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 enero, de Protección Jurídica del Menor
- Ley sobre el Registro Civil 1957
- Ley Ucraniana “Sobre Trasplante de Órganos y otros Materiales Anatómicos Humanos”, de 16 de julio de 1999
- Nebraska Revised Statues, 2014
- New York Domestic Relations Law
- Nuevo Código de Familia Ucraniano, de 26 de diciembre de 2002

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966
- Proyecto del Senado Francés de 27 de enero de 2010
- Real decreto 295/2009, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la SS. por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural
- Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la ley del estatuto de los trabajadores
- Real Decreto Legislativo 1/1994, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la SS.

Jurisprudencia

- Resolución de la DGRN del 18 de Febrero de 2009
- Sentencia del Tribunal Superior de Gujarat de Noviembre de 2009, *JAN BALAZ v. ANANDMUNICIPALITY*, No. 3020, *Special Civil Application*
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Valencia de 15 de septiembre de 2010
- Instrucción de la DGRN de 5 octubre de 2010
- Caso Re L (A Minor) [2010] EWHC 3146 (Fam), FLR 1423
- Resolución 6/2011 de 6 de mayo, de la DGRN
- Resolución de 23 de Septiembre de 2011
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia 826/2011, de 23 de noviembre
- SSTSJ de Madrid de 18 de octubre de 2012 ([rec. Núm. 3783/2012](#))
- SSTS de Catalunya de 23 de noviembre de 2012 ([rec. Núm. 6240/2011](#))
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 6 de febrero de 2014
- SSTSJ del País Vasco de 13 de mayo de 2014 ([rec. núm. 749/2014](#))
- Sentencias *LABASSEE c FRANCE* (n.º 65941/11) de 26 de junio de 2014
- Sentencias *MENNESSON c FRANCE* (n.º 65192/11) de 26 de junio de 2014
- SSTSJ de Madrid de 7 de julio de 2014 ([rec. núm. 142/2014](#))
- SSTSJ de Madrid de 23 de diciembre de 2014 ([rec. núm. 497/2014](#))
- Auto del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil de 2 de febrero de 2015
- SSTS de Catalunya de 1 de julio de 2015 ([rec. Núm. 2460/2015](#))
- SSTSJ de Madrid de 5 de octubre de 2015 ([rec. núm. 473/2015](#))
- SSTS de Catalunya de 11 de febrero de 2016 ([rec. Núm.6519/2015](#))
- SSTSJ de Madrid de 12 de febrero de 2016 ([rec. núm. 739/2015](#))
- SSTSJ del País Vasco de 3 de mayo de 2016 ([rec. núm. 651/2016](#)).
- STS de 25 de octubre de 2016

Páginas webs

- <http://aebioetica.org/revistas/2012/23/78/253.pdf>
- <http://aebioetica.org/revistas/2012/23/78/253.pdf>
- <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:62002CJ0148>
- <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?isOldUri=true&uri=CELEX:62006CJ0353>
- <http://gestacionsustituta.es/diferencias-entre-california-y-illinois/>
- http://icmr.nic.in/art/art_clinics.htm
- http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/114-2006.html#cpc8
- http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/lrc.html
- http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/rrc.html
- <http://www.asesoriayempresas.es/doctrinaadministrativa/JURIDICO/151825/resolucion-dgrn-de-23-de-septiembre-de-2011-inscripcion-de-la-filiacion-fuera-de-plazo-paterna>
- <http://www.babygest.es/razones-de-la-maternidad-subrogada/>
- http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2011-12628
- http://www.congreso.es/public_oficiales/L2/CONG/DS/PL/PL_280.PDF
- <http://www.fundacionforo.com/pdfs/maternidadsubrogada.pdf>
- <http://www.ilga.gov/legislation/ilcs/ilcs3.asp?ActID=2613&ChapterID=59>
- http://www.laboral-social.com/sites/laboral-social.com/files/Express_Panizo_diciembre-2016_c_s.pdf
- <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/section/54>
- <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>
- <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=7895650&links=%223818%2F2015%22&optimize=20161222&publicinterface=true>
- <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=7895650&links=%223818%2F2015%22&optimize=20161222&publicinterface=true>
- <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=7891912&links=%223146%2F2014%22&optimize=20161219&publicinterface=true>

- <http://www.senat.fr/leg/pp109-234.html>
- <http://www.sonuestroshijos.com/>
- <http://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>
- <http://www.womenleadership.in/Csr/SurrogacyReport.pdf>
- <http://xn--gestacionsubrogadaenespaa-woc.es/>
- <https://boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323&p=20151028&tn=1#ddunica>
- <https://www.babygest.es/indicaciones-de-la-gestacion-subrogada/>
- <https://www.babygest.es/una-pareja-rechaza-a-su-hijo-nacido-por-subrogacion-porque-tiene-sindrome-de-down/>
- <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1994-14960&tn=1&p=20160728#a133bis>
- <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1994-14960&tn=1&p=20160728#a133ter>
- <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1996-1069>
- <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1996-1069>
- <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11430&tn=1&p=20170324#a48>
- <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11724>
- <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-8564>
- <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1974-1083>
- <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1979-24010>
- https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2009-4724
- https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-8564
- https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2013-20068700716_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL_La_Direcci%F3n_General_de_losRegistros_y_del_Notariado_ante_la_gestaci%F3n_por_sustituci%F3n
- <https://www.legalcrystal.com/case/747551/jan-balaz-vs-anand-municipality-6-ors>
- http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lo10-1995.12t12.html
- http://4legal.blogspot.com.es/2012/09/la-maternidad-subrogada-o-de-alquiler_22.html

- [REF: http://uc3mun.anudi.org/wp-content/uploads/2016/02/WHO.pdf](http://uc3mun.anudi.org/wp-content/uploads/2016/02/WHO.pdf)
- <http://arinsa.es/2017/01/09/la-maternidad-subrogada-genera-derecho-permiso-maternidad-correspondiente-prestacion-economica-seguridad-social/>
- humrep.oxfordjournals.org/content/23/10/2182.full.pdf