



ESCUELA DE PRÁCTICA JURÍDICA
SALAMANCA

TRABAJO FIN DE TÍTULO

MÁSTER EN ACCESO A LA ABOGACÍA

Curso 2017/2018

PROBLEMÁTICA ACTUAL EN ESPAÑA DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN Y UNA POSIBLE SOLUCIÓN

Nombre del/la estudiante: Enrique Sánchez Martín

Tutor: Dña. Alicia Vaquero Borrego

Diciembre 2017

TRABAJO FIN DE TÍTULO
MÁSTER EN ACCESO A LA ABOGACÍA

**PROBLEMÁTICA ACTUAL EN
ESPAÑA DE LA GESTACIÓN POR
SUSTITUCIÓN Y UNA POSIBLE
SOLUCIÓN**

**CURRENT PROBLEMS IN SPAIN OF
SUBRROGATE PREGNANCY AND
POSSIBLE SOLUTION**

Nombre del/la estudiante: Enrique Sánchez Martín
e-mail del/a estudiante: kikesanchezmartin@gmail.com

Tutor/a: Dña. Alicia Vaquero Borrego

RESUMEN (15 líneas)

La gestación por sustitución en los últimos años viene siendo la técnica de reproducción humana asistida más utilizada por las parejas o familias monoparentales para poder colmar su deseo de ser padres cuando no lo pueden ser de manera natural o mediante fecundación in vitro. Sin embargo, esta técnica está expresamente prohibida por el art. 10 LTRHA, llevando a que se practique fuera de nuestras fronteras por nuestros nacionales, lo que provoca una gran cantidad de problemas después de que el niño haya nacido. Este trabajo tiene como objetivo hacer un estudio sobre la situación que se provoca en el momento de la inscripción en el Registro civil y cómo tanto la jurisprudencia española como la Dirección General del Registro y del Notariado tiene una perspectiva muy diferente del problema que se genera. Además, se hará un análisis de la aprobación de una posible ley de gestación por sustitución presentada recientemente en el Congreso de los Diputados.

PALABRAS CLAVE (entre 3 y 6): gestación por sustitución, filiación, contrato de gestación, padres intencionales, madre gestante, interés superior del menor

ABSTRACT

In the last few years, subrogate pregnancy has been the most used technique of assisted human reproduction to fulfil the desire of single-parent families and couples to be parents when they cannot be by natural means or through in vitro fertilization. Nevertheless, this procedure is strictly forbidden by article 10 LTRHA, leading to its practise beyond our borders by our own nationals, which causes a lot of problems after the birth of the child. The purpose of this work was to do a study on the situation that arises at the time of registration in the Civil Registry and how both the Spanish case law and the General Directorate of the Registry and Notaries have a very different perspective of the problem generated. In addition, an analysis of the approval of a possible law of gestation by substitution presented recently in the Congress of Deputies will be made.

KEYWORDS: gestation by substitution, filiation, contract of gestation, intentional parents, pregnant mother, superior interest of the child.

ÍNDICE

ABREVIATURAS Y SIGLAS.....	7
INTRODUCCIÓN	9
1. GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN. CONCEPTO Y TIPOS	11
1.1. <i>Concepto de gestación por sustitución</i>	<i>11</i>
1.2. <i>Tipos de gestación por sustitución.....</i>	<i>12</i>
1.2.1. <i>Gestación por sustitución tradicional o gestacional.....</i>	<i>12</i>
1.2.2. <i>Gestación por sustitución comercial o altruista</i>	<i>13</i>
2. EL PROCESO DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.....	14
2.1. <i>Asesoramiento a los padres intencionales para la gestación por sustitución.....</i>	<i>15</i>
2.2. <i>Elección del país de destino de la gestación por sustitución</i>	<i>15</i>
2.3. <i>Elección de agencia y de madre gestante.....</i>	<i>16</i>
2.4. <i>Elección de clínica para la fecundación in vitro.....</i>	<i>16</i>
2.5. <i>Documentos médicos y legales</i>	<i>17</i>
2.6. <i>Fecundación in vitro y prueba de embarazo</i>	<i>17</i>
2.7. <i>Seguimiento del embarazo por los padres intencionales</i>	<i>17</i>
2.8. <i>Proceso de filiación en la gestación por sustitución.....</i>	<i>18</i>
3. LA ACTUAL SITUACIÓN DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN ESPAÑA	19
3.1. <i>La prohibición de la gestación por sustitución en el art. 10 de la Ley 14/2006, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida</i>	<i>19</i>
3.2. <i>Prohibición penal de la gestación por sustitución: arts. 220 y 221 del Código Penal 20</i>	
3.3. <i>Posición de la Dirección General de los Registros y del Notariado para la inscripción de los hijos nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución 20</i>	
3.3.1. <i>Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009</i>	<i>21</i>
3.3.2. <i>Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010.....</i>	<i>22</i>
3.4. <i>Posición de la jurisprudencia respecto de la inscripción de los hijos nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución</i>	<i>23</i>
3.4.1. <i>Sentencia nº 193/2010, de 15 de Septiembre, de Juzgado de Primera Instancia nº15 de Valencia</i>	<i>23</i>
3.4.2. <i>Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª de lo Civil, de 6 de febrero de 2014 25</i>	
3.4.2.1. <i>El contrato de gestación y el interés superior del menor</i>	<i>27</i>

3.4.3.	Auto del Tribunal Supremo, Sala 1ª de lo Civil, de 2 de febrero de 2015	27
3.4.4.	Especial referencia a las resoluciones sobre gestación por sustitución dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos	29
3.5.	Regulación de gestación por sustitución propuesta por el Grupo de Ética y Buena Práctica Clínica de la SEF	31
3.6.	Permiso de maternidad a los padres intencionales de niños nacidos mediante gestación por sustitución	33
3.6.1.	Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2016 y 26 de noviembre de 2016	35
4.	LA LABOR DE CIUDADANOS EN FAVOR DE LA REGULACIÓN DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN	38
4.1.	La proposición de no ley presentada por ciudadanos en la Asamblea de Madrid el 10 de marzo de 2016	38
4.2.	La proposición de ley presentada por Ciudadanos el 28 de junio de 2017	41
4.2.1.	Introducción. Estructura de la ley	42
4.2.2.	Disposiciones Generales	43
4.2.3.	Sujetos Intervinientes y contrato de gestación por sustitución	46
4.2.4.	Fecundación, parto y filiación	48
4.2.5.	Registro Nacional de la gestación por sustitución y centros sanitarios autorizados	49
4.2.6.	Infracciones y sanciones	49
5.	DERECHO COMPARADO DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN	52
5.1.	Países en los que se reconoce la gestación por sustitución a los españoles	52
5.1.1.	Estados Unidos	52
5.1.1.1.	Estados donde se permite	52
5.1.1.2.	Estados donde está permitida, pero con restricciones	57
5.1.1.3.	Estados donde está prohibida	58
5.1.1.4.	Nacionalidad y filiación del bebé	58
5.1.2.	Canadá	59
5.1.3.	Rusia	60
5.1.4.	Ucrania	61
5.1.5.	Portugal	62
5.1.5.1.	Evolución legislativa	63
5.1.5.2.	Ley 25/2016, de 20 de julio, de gestación subrogada	64
5.1.5.3.	El Decreto Reglamentario 6/2017, de 31 de julio	65
5.1.5.4.	Situación para los extranjeros	66
	CONCLUSIONES	68

ANEXO I. POSIBLE CONTRATO DE GESTACIÓN SUBROGACIÓN DE ACUERDO A LA PROPOSICIÓN DE LEY PRESENTADA POR CIUDADANOS	73
ANEXO II. LA SITUACIÓN ACTUAL DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN ESPAÑA. DOS CASOS PRÁCTICOS.	78
ANEXO III. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN VS. LA ADOPCIÓN	81
BIBLIOGRAFÍA	89

ABREVIATURAS Y SIGLAS

AGAR	Asociación de Gestación Asistida Reproductiva
Art.	Artículo
BOE	Boletín Oficial del Estado
CE	Constitución Española
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CNPMA	Conselho Nacional de Procriação Medicamente Asistida
CP Penal	Ley Orgánica 10/1995, de 23 de Noviembre, del Código Penal
C's	Grupo Parlamentario Ciudadanos
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
ECAI	Entidad Colaboradora de Adopción Internacional
ET	Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de los Trabajadores
FIV	Fecundación In Vitro
FIV-ICSI	Fecundación In Vitro – Inyección Intracitoplásmica de espermatozoides
ICSI	Inyección Intracitoplásmica de espermatozoides
INSS	Instituto Nacional de la Seguridad Social
LTRHA	Ley 14/2006, de 26 de mayo, de Técnicas de Reproducción Humana Asistida

PP	Grupo Parlamentario Partido Popular
PSOE	Grupo Parlamentario Partido Socialista Obrero Español
SEF	Sociedad Española de Fertilidad
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humana
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TRLGSS	Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social

INTRODUCCIÓN

En la actualidad, cada vez existen más parejas que consiguen su anhelo de ser padres por las técnicas de reproducción humana asistida, específicamente por la gestación por sustitución. Este tipo de técnica reproductiva al estar prohibida por nuestro ordenamiento (art. 10 LTRHA y art. 220 y 221 CP) se practica en el extranjero lo que provoca una serie de problemas en el momento de la inscripción en el Registro Civil debido a que, como se desarrollará en este trabajo, se considera que se vulnera el interés superior del menor y el orden público internacional español debido a que se quiere inscribir un acto jurídico que tiene su causa en un negocio expresamente prohibido en nuestro ordenamiento.

Por tanto, en este trabajo se va a hacer un análisis sobre cómo se encuentra la gestación por sustitución en España teniendo en cuenta la regulación de dicha materia en otros países y en las diferentes decisiones adoptadas por el TEDH y haremos una referencia a cuál es el futuro que le espera a la gestación por sustitución en nuestro país con la proposición de ley presentada en el Congreso de los Diputados por el grupo parlamentario de Ciudadanos (C's).

En primer lugar, vamos a analizar el concepto de gestación por sustitución y la evolución de dicho concepto con el paso del tiempo. Además, analizaremos los tipos de gestación por sustitución que existen en la actualidad (gestacional o convencional y comercial o altruista). A continuación, explicaremos paso a paso como se debe desarrollar el proceso de gestación por sustitución (elegir país por los padres intencionales, agencia a la que acudir, entrevistar a la madre gestante para comprobar que es la idónea, firma del contrato de gestación, elección de la clínica, inicio del proceso gestacional mediante fecundación in vitro, seguimiento del embarazo, determinación de la filiación en favor de los padres intencionales, parto del niño e inscripción en el Registro Civil).

Posteriormente, haremos un análisis sobre el recorrido jurisprudencial que ha tenido la gestación por sustitución en nuestro país. Empezaremos poniendo en situación al lector de la situación actual de la gestación por sustitución en España, ilustrando la prohibición de la gestación por sustitución recogida en el art. 10 LTRHA y el art. 220 y 221 CP. A continuación, analizaremos las decisiones adoptadas por la DGRN poniendo especial énfasis en la fundamental Resolución de 5 de octubre de 2010, sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. Seguiremos, con el análisis de las diferentes sentencias de nuestros tribunales que han analizado la gestación por sustitución, destacando la STS 835/2013 de 6 de febrero y el ATS de 2 de febrero de 2015. Además, a raíz de este auto, haremos un leve análisis de la postura adoptada por el TEDH en el tema de la gestación por sustitución. Añadiremos unas pequeñas notas sobre la propuesta de regulación presentada por el Grupo de Ética y Buena Práctica Clínica de la Sociedad Española de Fertilidad (SEF). Por último, analizaremos

si con las SSTS de 25 de octubre de 2016 y 16 de noviembre de 2016 se permite la prestación de maternidad a las madres intencionales.

Continuaremos, con el análisis de manera detallada de la proposición no de ley presentada en la Asamblea de Madrid por el Grupo Parlamentario Ciudadanos (C's) y la proposición de ley presentada en el Congreso de los Diputados por este mismo grupo parlamentario el día 27 de junio de 2017.

Seguidamente, se expondrán los principales países en los que actualmente está reconocida la gestación por sustitución, es decir, se expondrá el derecho comparado mostrando la especial relevancia que tiene la regulación canadiense o californiana.

Por último, y para acabar la exposición de este trabajo se hará una comparación con la adopción, con el objetivo de poder hacer ver al lector las semejanzas y diferencias entre una figura jurídica y otra.

1. GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN. CONCEPTO Y TIPOS

1.1. Concepto de gestación por sustitución

Andrea Rodrigo define la gestación por sustitución como una técnica de reproducción humana asistida por la que una mujer se compromete a gestar y concebir el hijo de otra u otras personas. Esta gestación por sustitución es una técnica de reproducción asistida que consiste en una práctica por la que a partir de uno o más embriones mediante fecundación in vitro en un laboratorio se realiza la fecundación posterior en el útero de la madre gestante¹.

También queremos incorporar la definición aportada por Brazier “la gestación por sustitución es la práctica mediante la cual una mujer lleva un embarazo para otra/s persona/s como resultado de un acuerdo, previo a la concepción, de que el niño debe ser entregado a esa/s persona/s después de nacer”² o la definición de Gómez Sánchez “se llama maternidad, 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 otro mujer que figurará como madre de éste”³. Todos estos conceptos de gestación por sustitución son adecuados, pero tienen un problema y es que sólo se refieren a los padres intencionales formados por una pareja heterosexual excluyendo a que los padres intencionales sea una pareja heterosexual.

Por tanto, se debe avanzar en la definición y se consigue con Pérez Monge que define la gestación por sustitución “como aquel contrato oneroso o gratuito, por el cual una mujer aporta únicamente la gestación, o también su óvulo, comprometiéndose a entregar el nacido a los comitentes (una persona o pareja, casada o no), que podrán aportar sus gametos; en este último caso, los gametos procederán de donante (masculino y/o femenino)”⁴.

Desde mi punto de vista la definición más acertada teniendo en cuenta la realidad social actual es la de Eleonora Lamm que define la gestación por sustitución como “una forma de reproducción asistida, por medio del cual una persona, denominada gestante, acuerda con otra persona, o con una pareja, denominadas comitente, gestar un embrión con el fin de que la persona nacida tenga vínculos jurídicos de filiación con la parte comitente”⁵.

¹ RODRIGO, A., “¿Qué es la gestación subrogada?”, *Babygest*, 2017 en <https://www.babygest.es/gestacion-subrogada/> consultado el 20 de junio de 2017, a las 17:40 horas.

² 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.

³ GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *El derecho a la reproducción humana*, Marcial Pons, Madrid, 1994, p. 136.

⁴ PÉREZ MONGE, M., *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*, Colegio de Registradores, Fundación de Beneficiencia et Peritia Iuris, Madrid, 2002, p. 329.

⁵ LAMM, E., *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Colección de Bioética, Universidad de Barcelona, 2014, p. 24.

Esta técnica es un deseo de los padres intencionales por lo que lo más normal es que el material genético sea de ambos padres, aunque, en ocasiones, se recurre a esta técnica porque uno de ellos no puede gestar por motivos médicos. Las razones de esta imposibilidad son muy variadas, de modo que pueda deberse a la ausencia de útero, alteraciones uterinas en estado grave (endometriosis severa, adenomiosis grave, etc.), malformaciones uterinas, fallos repetidos con la FIV o la FIV-ICSI, abortos de repetición, contraindicación médica (enfermedades autoinmunes, patologías cardiovasculares o ciertos tipos de cáncer) o consumo de fármacos. En estos casos, lo normal será utilizar el material genético de la donante para complementar el material genético aportado por alguno de los padres intencionales.

Cierto es que la técnica de aportar los óvulos por la propia madre gestante está completamente en desuso debido a que así se impide que exista un mayor vínculo afectivo entre la madre gestante y el futuro hijo nacido por medio de la gestación por sustitución. Por tanto, la función de la madre gestante acaba en este proceso con el parto en el que el menor deberá ser entregado a los padres o a la persona intencional, renunciando a todos los derechos que pudiera tener sobre el mismo. Toda esta relación se regula por un contrato de gestación por sustitución, que abordaremos de manera detallada en un epígrafe de este trabajo.

Recibe muchos nombres como “vientre de alquiler”, “maternidad subrogada” o “vientre sustituto”. Todos ellos quizá tengan una connotación despectiva hacia esta forma de concebir un hijo, siendo el término más preciso para esta técnica de reproducción asistida la “gestación por sustitución”. Coincido con SOUTO GALVÁN que considera que la denominación más adecuada es “gestación por sustitución” debido a que es el término que se adecúa en mayor medida a la realidad⁶. Además, esta es la terminología aceptada por el legislador español porque así se denomina a esta técnica reproductiva en los diferentes instrumentos jurídicos.

La gestación por sustitución está formada por la madre gestante y por el comitente o los padres intencionales que como veremos más adelante, dependiendo de la regulación de cada Estado pueden ser una pareja heterosexual, una pareja homosexual, un padre soltero o una madre soltera. Incluso en algunos Estados de nuestro entorno no se permite que los padres intencionales sean de nacionalidad extranjera por lo que un punto de conexión en esta materia, en algunos países, va a ser la nacionalidad de los comitentes.

1.2. Tipos de gestación por sustitución

1.2.1. Gestación por sustitución tradicional o gestacional

La gestación tradicional o gestacional se refiere a la procedencia de los óvulos. Esta gestación se puede calificar a su vez de total o parcial dependiendo de la procedencia de los óvulos.

⁶ SOUTO GALVÁN, B., “Aproximación al estudio de la gestación de sustitución desde la perspectiva del bioderecho”, *Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Madrid, Nueva Época, núm. 1/2005, pp. 275-292; 283-284.

Se considera parcial, tradicional o subrogación lineal cuando la madre gestante es la que aporta los óvulos. Esta forma de gestación es más problemática debido a que va a existir una mayor relación de afectividad entre la madre gestante y el futuro hijo, debido a que tanto la gestante como el hijo comparten material genético. Se lleva a cabo mediante la técnica de reproducción asistida de inseminación artificial realizando una leve estimulación ovárica para controlar el ciclo ovárico y el momento de la gestación, no siendo necesario que se lleve a cabo por la técnica de la fecundación in vitro. Como hemos dicho con anterioridad esta forma de gestación se encuentra en desuso⁷.

Se considera completa, total o subrogación gestacional a aquélla que concurre cuando tanto los óvulos como los espermatozoides proceden de los padres intencionales o cuando alguno de estos materiales genéticos son donados por persona distinta a la madre gestante o alguno de los padres intencionales. En este caso, la madre gestante se encargará únicamente de concebir al hijo biológico de los padres intencionales. Esta forma de gestación se llevará a cabo mediante la técnica de reproducción asistida de fecundación in vitro o de inyección intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI) utilizada para los casos de infertilidad masculina grave. Esta forma de gestación es la más utilizada, aunque desde un punto de vista técnico sea más compleja.

1.2.2. Gestación por sustitución comercial o altruista

La “gestación comercial” consiste en que la madre gestante recibe un pago por gestar y concebir al hijo de otra pareja o persona, es decir, que recibe una compensación económica por el esfuerzo físico y emocional que supone el embarazo. Normalmente, esta compensación económica está regulada por la ley de gestación por sustitución del país en el que está reconocida y aceptada dicha práctica. La finalidad principal y primordial de la regulación de esta compensación económica es que no se mercantilece con la gestación por sustitución y la madre gestante, se busca que no se dé el mercadeo en esta figura. Por tanto, esta compensación económica busca que aquellas personas que accedan a la gestación por sustitución no lo realicen por la cantidad de dinero que van a percibir, sino porque exista en estas personas un afán de solidaridad y el deseo de ayudar a los demás. Además, se le van a satisfacer todos los gastos que provoque el embarazo.

La gestación altruista consiste en que la madre gestante no recibe pago alguno por gestar y concebir el hijo de otra pareja o persona, pero se deben satisfacer los gastos legales y médicos además de todos los gastos derivados del embarazo como puede ser la

⁷ SALGADO, S., “¿Cuántos tipos de maternidad subrogada existen?”, *Babygest*, 2016, en <https://www.babygest.es/tipos-de-subrogacion/> consultado el 22 de junio de 2017 a las 12:32 horas.

ropa de premamá, revisiones médicas, alimentación específica, visitas al hospital, etc⁸.

Es difícil encontrar una persona que se ofrezca a llevar el embarazo de otra persona por los cambios físicos y de salud que conlleva lo mismo. Lo normal es que este tipo de gestación se acepte por un familiar o por un amigo cercano a la familia.

2. EL PROCESO DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

Debemos partir de la afirmación de que la gestación por sustitución está prohibida en España de manera expresa por lo que aquellas personas que quieran tener hijos mediante gestación por sustitución deben acudir al extranjero.

Los padres de intención deben realizar una serie de pasos que explicaremos detalladamente en este epígrafe. Deben elegir el destino donde quieran llevar a cabo la gestación por sustitución. Por ejemplo, si se trata de una pareja homosexual o se quiere crear una familia monoparental no en todos los países de nuestro entorno se les permite la gestación por sustitución, o también depende de si los padres intencionales quieren que la gestación sea remunerada o altruista. Por tanto, lo primero que se debe hacer es un análisis de las diferentes regulaciones y posibilidades que tienen los padres gestantes.

Una vez que los padres intencionales han elegido el destino en el que se va a llevar a cabo la gestación por sustitución se debe elegir una agencia de gestación por sustitución en el país en el que se lleve a cabo, unos servicios jurídicos para ayudar a los padres intencionales con todos los trámites legales y una clínica donde llevar a cabo la fecundación in vitro para poder iniciar la gestación por sustitución.

Posteriormente se elige a la madre gestante con el asesoramiento de la agencia contratada con anterioridad. Una vez elegida la madre gestante se lleva a cabo la firma del contrato de gestación en el que serán partes contratantes los padres intencionales y la madre gestante. El contrato es redactado por los abogados que ayudarán a los padres intencionales en todos los trámites necesarios.

Firmado el contrato de gestación se realiza la fecundación in vitro de la madre gestante según el tipo de gestación por sustitución que hayan elegido, con el material genético de ambos padres intencionales o con el material genético de uno de los padres y el de la madre gestante o una donante, aunque lo general es que sea la de una donante.

Por último, los padres intencionales deberán realizar todos los trámites necesarios para que el niño, una vez que haya nacido, sea reconocido en España y se pueda inscribir en el Registro Civil español.

⁸ SALGADO, S., “¿Cuántos tipos de maternidad...?, *op. cit.*

2.1. Asesoramiento a los padres intencionales para la gestación por sustitución

El primer paso consiste en que los padres intencionales deben solicitar los servicios de una agencia especializada en gestación por sustitución. Lo más normal y adecuado es contactar con una agencia que se encargue de la gestación por sustitución en el país de destino, aunque también existe la posibilidad de contactar con una agencia española especializada en la materia para que haga de intermediaria entre los padres intencionales y la agencia de gestación por sustitución del país de destino.

Estas agencias lo que hacen es asesorar a los futuros padres informándoles del proceso que se va a llevar a cabo y les van a acompañar durante todo el camino. Se van a encargar de realizar las entrevistas con las agencias del país de destino, con las posibles madres gestantes para poder elegir a la más idónea y con todas las partes intervinientes en este proceso, controlan el flujo económico, dan información de manera periódica del desarrollo del proceso a los padres intencionales, les asesoran legalmente, les dan apoyo psicológico, incluso acompañan a los padres intencionales al país de destino si estos se lo solicitan para así ayudarles con la interpretación del país de destino⁹.

2.2. Elección del país de destino de la gestación por sustitución

Se debe tener muy claro el objetivo que se persigue con la gestación por sustitución y si el país de destino que se quiere elegir es idóneo para ello. En algunos países se permite la gestación por sustitución sólo para sus nacionales por lo que esos países quedan totalmente descartados. Existen países como Canadá en el que la gestación remuneratoria está prohibida siendo únicamente posible la gestación altruista. En otros países sólo se permite la gestación por sustitución para las parejas heterosexuales quedando excluidas las parejas homosexuales o las familias homoparentales¹⁰.

Por tanto, los países que se consideran más idóneos para poder gestar por sustitución son Estados Unidos, Canadá, Ucrania, Rusia y Grecia mientras que los menos idóneos son India o Tailandia debido a que la seguridad que se da es escasa poniendo en riesgo el buen fin del proceso.

⁹ SALGADO, S., “Pasos a seguir en maternidad subrogada”, *Babygest*, 2016, en <https://www.babygest.es/pasos-a-seguir-en-gestacion-subrogada/> consultado el 25 de junio de 2017 a las 16:02 horas.

¹⁰ RODRIGO, A., “¿Cómo elegir el destino donde hacer la gestación subrogada?”, *Babygest*, 2017, en <https://www.babygest.es/como-elegir-el-pais-donde-realizar-un-tratamiento-de-gestacion-subrogada/> consultado el 25 de junio de 2017 a las 17:27 horas.

2.3. Elección de agencia y de madre gestante

Una vez elegido el destino para realizar la gestación por sustitución se debe elegir la agencia. Si se ha optado como hemos dicho con anterioridad por una agencia española que haga de intermediaria será ella quién elija las agencias más adecuadas pero los padres intencionales tendrán la última palabra. En el caso de que no se elija una agencia intermediaria serán los propios padres intencionales los que contactarán con agencias en el país de destino llegando a un acuerdo con la agencia que consideren más idónea para realizar la labor que le van a encomendar.

Elegida la agencia llega un momento trascendental en el proceso de gestación que es la elección de la madre gestante. La elección es importante porque va a ser la persona que se va a encargar de gestar y de dar a la luz al futuro hijo de los padres intencionales. Por eso, se realizan diferentes entrevistas con las candidatas para poder comprobar si son las adecuadas para realizar este proceso de gestación por sustitución.

Por tanto, los padres intencionales pueden participar en la elección de la madre gestante o pueden no intervenir. En el caso de que intervengan lo pueden hacer eligiendo ellos mismos a la madre gestante de la lista de candidatas que tenga la agencia o bien dejarlo en mano de la agencia de forma que sea ésta la que elija la candidata más idónea para el caso concreto. Lo fundamental y primordial en estos casos es que, tanto los padres intencionales como la madre gestante, quieran llevar a cabo el procedimiento de gestación juntos. En el caso de que no intervengan en el proceso será la agencia la que decida directamente la madre gestante y su identidad será anónima para los padres intencionales¹¹.

Este es el momento también de elegir a la donante de óvulos o de gametos en el que caso de que no se vaya o no se pueda aportar el material genético de ambos padres intencionales.

2.4. Elección de clínica para la fecundación in vitro

Para elegir la clínica más adecuada se deben tener en cuenta aspectos como que se trate de un centro sanitario y que cumple con todas las exigencias legales, buena atención y trato por parte del plantel médico, buenas instalaciones y de última generación o sea un lugar accesible para la madre gestante y los padres intencionales.

¹¹ RODRIGO, A., “Consejos para elegir a la gestante subrogada”, *Babygest*, 2017, en <https://www.babygest.es/eleccion-de-la-gestante/> consultado el 25 de junio de 2017 a las 21:09 horas.

2.5. Documentos médicos y legales

En algunos países es necesario que los padres intencionales se sometan a un examen médico exhaustivo para descartar que padecen alguna enfermedad grave como el VIH o hepatitis, pero además se le realizan exámenes para corroborar la situación de infertilidad que padece alguno de ellos haciendo necesaria la gestación por sustitución. Además, a la madre gestante se le va a realizar un examen médico para poder corroborar que se encuentran en sus plenas facultades emocionales y de salud.

En el momento de realizarse estos exámenes médicos los padres intencionales deben firmar un contrato de honorarios de retención para hacerse cargo de todos los gastos que va a conllevar el proceso. Lo más adecuado es que los padres intencionales contraten un seguro para la madre gestante y en el caso de que ésta lo tenga lo que deben hacer es comprar una prima de seguro de plan de respaldo.

Una vez conocidos los resultados médicos, si son satisfactorios antes de empezar el tratamiento se debe proceder a la firma de todos los contratos. Estos documentos legales serán elaborados por los abogados respetando la ley del Estado de destino. Todos los contratos y acuerdos legales deberán ser firmados por ambas partes, padres intencionales y madre gestante. Si alguna de las partes no firma no se podrá iniciar el proceso de gestación por sustitución.

2.6. Fecundación in vitro y prueba de embarazo

Una vez firmados todos los acuerdos legales y los contratos de gestación se va a proceder a iniciar el proceso.

Se debe acudir a la clínica que se haya elegido para la fecundación in vitro. Será esta clínica la que elija el tratamiento de reproducción asistida que se deberá llevar a cabo. Si se van a aportar los óvulos de la madre intencional lo más normal es realizar una estimulación ovárica y extracción de óvulos y si los óvulos se aportan por una donante será la donante la que se someta a este procedimiento. Posteriormente, en el laboratorio se realizará la fecundación con los espermatozoides del padre intencional. Unos 3-7 días después los embriones de mayor calidad se implantarán en el útero de la madre gestante para unos 10-12 días después realizarle una prueba de embarazo, y en el caso de que resulte positiva se confirmará 10 días después por medio de una ecografía¹².

2.7. Seguimiento del embarazo por los padres intencionales

Una de las grandes ventajas de la gestación por sustitución es que los padres pueden seguir el desarrollo del embarazo como si fueran ellos los que estuvieran en el

¹² SALGADO, S., "Pasos a seguir en ...", *op.cit.*

proceso. Sin embargo, esta ventaja se difumina debido a la gran distancia que existe entre la madre gestante y los padres intencionales. Esta distancia, padres intencionales y madre gestante están en diferentes países, se soluciona gracias a las nuevas tecnologías debido a que los padres intencionales pueden recibir información, imágenes y vídeos a través de correo electrónico, comunicándose con la madre gestante por teléfono o videollamada o por medio de las redes sociales¹³.

Por tanto, a pesar de la distancia entre las partes que intervienen en la gestación por sustitución la ventaja de poder seguir el embarazo como si fuera propio se mantiene gracias a la utilización de las nuevas tecnologías. Además, van a recibir las ecografías que les va a facilitar la agencia y cuando se acerque el momento del parto se desplazarán al Estado de destino para conocer a su hijo desde el momento en el que nazca.

2.8. Proceso de filiación en la gestación por sustitución

Nacido el niño nos enfrentamos al problema más grave que tiene la gestación por sustitución, la determinación de la filiación del niño nacido por esta técnica reproductiva.

Pues bien, dependiendo del país la filiación del menor se puede obtener por parte de los padres intencionales antes de que se inicie el procedimiento, cuando ya está en proceso el embarazo o una vez nacido el niño. La filiación en estos casos se podrá obtener mediante un juicio o simplemente mediante un certificado de nacimiento.

Determinada la filiación en el país de origen, la parte fácil de este proceso, se debe iniciar los trámites para la inscripción del menor en España, la parte difícil del proceso. Se puede inscribir de manera directa en el Registro Civil en aquellos casos reconocidos y aceptados por la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2010, es decir, aquellos casos en que se reconozca la filiación por sentencia judicial como es el caso de los niños nacidos mediante gestación por sustitución en Estados Unidos. La otra forma es que sea inscrito constando únicamente la filiación del padre legal y que posteriormente la madre intencional inicie un proceso de adopción del hijo de su pareja sentimental. Este es el caso por ejemplo de los niños nacidos mediante gestación por sustitución en Ucrania.

¹³ FERNÁNDEZ, S., “¿Cómo se vive el embarazo en gestación subrogada mes a mes?”, *Babygest*, 2017, en <https://www.babygest.es/el-embarazo/> consultado el 27 de junio de 2017 a las 09:47 horas.

3. LA ACTUAL SITUACIÓN DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN ESPAÑA

3.1. La prohibición de la gestación por sustitución en el art. 10 de la Ley 14/2006, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida

La gestación por sustitución, como se hace llamar en España, está totalmente prohibida en el ordenamiento español. Específicamente se prohíbe en el art. 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida¹⁴ (en adelante, LTRHA).

En el párrafo primero de este precepto se establece “será nulo de pleno derecho el contrato por el que convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna en favor del contratante o de un tercero”. Por tanto, esta misma norma establece la nulidad de pleno derecho de los contratos de gestación en los que se renuncie a los derechos de maternidad a favor de otra persona, haya o no contraprestación económica. Podemos determinar, como consecuencia, que se adopta por el legislador una postura contraria a la gestación por sustitución y a través de la nulidad procura que estos contratos no se celebren¹⁵.

En el párrafo segundo se establece “la filiación de los hijos nacidos por gestación por sustitución será determinada por el parto”. Podemos deducir de esta afirmación que la ley determina que en España se considera como madre biológica a la madre que ha dado a luz rigiendo el principio *mater semper certa est*. La base de esta afirmación se encuentra claramente en el supuesto de que, aunque se declaren nulos estos contratos se celebren la ley determinará quién debe ser determinada como la madre, potenciando el principio antes mencionado¹⁶.

En el tercer párrafo se establece “queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”. Esta regla es una puerta abierta a la gestación por sustitución porque permite que el padre intencional reclame sus derechos como padre del niño nacido mediante gestación por sustitución. Por tanto, a través de este precepto el legislador está permitiendo que el menor no se quede sin filiación biológica paterna establecida. Sin embargo, este reconocimiento no es automático, requiere acudir a los tribunales para poder establecerla. Por tanto, se está

¹⁴ BOE, núm 126, de 27 de mayo de 2006.

¹⁵ LAMM, E., *Gestación por sustitución. Ni maternidad...*, op.cit., p. 71-72.

¹⁶ LAMM, E., *Gestación por sustitución. Ni maternidad...*, op.cit., p. 72.

refiriendo a las acciones generales para el reconocimiento de la filiación contenidas en los artículos 764 y siguientes de la Ley 1/2000¹⁷, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil¹⁸.

3.2. Prohibición penal de la gestación por sustitución: arts. 220 y 221 del Código Penal

Toda esta regulación de prohibición se complementa con los delitos contenidos en los artículos 220 y 221 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal¹⁹ en los que se castiga con penas de prisión a aquellos que realicen la suposición de parto atribuyéndose el comitente el hijo que legalmente lo es de la madre gestante y ocultación o entrega del hijo entregando la madre gestante el niño a la comitente o que mediante una compensación económica entreguen a otra persona un hijo sin seguir los procedimientos de guarda, acogimiento o adopción.

3.3. Posición de la Dirección General de los Registros y del Notariado para la inscripción de los hijos nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución

Aquellos padres españoles que quieren tener hijos y no puedan tenerlos de forma natural y quieran acudir a la gestación por sustitución deberán realizarlo en el extranjero para que posteriormente sean reconocidos en nuestro país por los cauces legales oportunos.

El mayor problema de esta falta de regulación lo vamos a encontrar en la siguiente situación: el niño que nace por maternidad subrogada en otro Estado y no puede ser reconocido en territorio español. El único supuesto en el que en España se adjudica directamente la paternidad por gestación por sustitución es cuando existe una sentencia judicial extranjera que reconoce dicha paternidad, siempre que se sigan los requisitos establecidos en la Instrucción de la Dirección General del Registro y del Notariado (en adelante, DGRN) de 5 de octubre de 2010. Este supuesto únicamente es aplicable a las resoluciones judiciales dictadas en Estados Unidos y en Canadá.

En otros países de nuestro entorno europeo como Rusia, Ucrania o Georgia se establece la filiación de los padres de intención, pero dicha resolución no tiene vigor en España, por lo que no se les reconoce como los padres del niño. En estos casos, la filiación se determina considerando que la madre gestante es la madre biológica del niño y que el padre de intención es el padre biológico del niño, siempre que sea el que haya aportado los espermatozoides. En este caso, para que los padres de intención sean los padres legales es necesario que la madre gestante renuncie a la maternidad quedando el padre de intención únicamente como el padre legal y que una vez que lleguen a España, la madre de intención inicie los trámites para adoptar al niño de su pareja, quedando ambos como los padres legales del menor.

¹⁷ BOE, núm. 7, de 8 de enero de 2000.

¹⁸ LAMM, E., *Gestación por sustitución. Ni maternidad...*, op.cit., p. 71-72.

¹⁹ BOE, núm. 281, de 24 de noviembre de 1995.

Toda esta situación problemática respecto a la inscripción de la menor considero que se podría salvar si existiera una regulación nacional de la gestación por sustitución lo que evitaría que muchas parejas españolas tengan que ir fuera de España para cumplir su anhelo de ser padres. Además, con estos requisitos tan estrictos para inscribir al menor no se está salvaguardando de manera eficaz el interés superior del menor debido a que se le está privando de que su madre sea reconocida como tal.

3.3.1. Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009

Todo el camino jurisprudencial relativo a la gestación por sustitución parte de un matrimonio homosexual que tiene un hijo mediante la técnica de gestación por sustitución en California (EEUU) por medio de la técnica de gestación por sustitución. En el momento de inscribir al menor en el Registro civil del Consulado de España la misma se deniega por el encargado del Registro debido a que a su parecer se incumple lo establecido en el art. 10 LTRHA, en el que se prohíbe el contrato de gestación. Con esta resolución se reconoce que se podrá inscribir en España un niño nacido por esta técnica reproductiva.

Con la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009²⁰ es la primera vez que se pronuncia el Estado español sobre la gestación por sustitución. En esta resolución se entendió que para que la inscripción del nacimiento de un menor por esta técnica reproductiva sea válida es necesario que se aporte un documento público autorizado por una autoridad extranjera competente y que la certificación de nacimiento haya sido emitida por una autoridad registral que desempeñe funciones similares a la española²¹.

Como dice JIMÉNEZ MARTÍNEZ esto se traduce en “la necesidad de que la autoridad extranjera que ha expedido la certificación cumpla funciones análogas a las que realiza la autoridad española con la misma competencia”²².

Por tanto, el control de la legalidad de este tipo de inscripciones no debe basarse en que la solución jurídica dada en el país extranjero deba ser idéntica a la que habría alcanzado una autoridad española, sino que el encargado del Registro Civil tiene como función inscribir una filiación que ha sido reconocida en un país extranjero. Por tanto, el encargado del Registro Civil lo único que debe comprobar es si concede efectos jurídicos a la resolución dictada en un país extranjero.

Además, se mantiene en esta Resolución que este tipo de inscripciones no vulnera el orden público internacional español porque da respuesta al denominado interés superior

²⁰ RDGRN de 18 de febrero de 2009 (RJ 2009\1735)

²¹ VELA SÁNCHEZ, A.J., *Gestación por encargo: Tratamiento judicial y soluciones prácticas. La cuestión jurídica de las madres de alquiler*, Editorial Reus, Madrid, 2015, p. 46.

²² JIMÉNEZ MARTÍNEZ, M^a. V., “La inscripción de la filiación derivada de la gestación por sustitución. Problemas actuales”, *Anuario Facultad de Derecho- Universidad de Alcalá*, Vol. V, 2012 p. 373.

del menor reconocido en el art. 3 de la Convención de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989²³, de modo que si se rechazara la inscripción de la filiación en el Registro Civil podría resultar que los hijos, de nacionalidad española, quedaran privados de una filiación inscrita. Pero además se estaría vulnerando el derecho fundamental a una identidad única que consiste en que los padres del menor sean los mismos en todos los Estados y no cambie dependiendo del Estado en el que se encuentren²⁴.

3.3.2. Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010

La Instrucción de la Dirección General del Registro y del Notariado de 5 de octubre de 2010 (RCL 2010, 2624)²⁵, sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución surge para dar respuesta a todos aquellos padres intencionales que, hasta el momento, habían intentado inscribir a los hijos nacidos mediante la técnica de gestación por sustitución y había sido denegada.

Esta Instrucción tiene las siguientes directrices²⁶:

- a. Inscripción del nacimiento. Se establece que sólo se podrá inscribir al menor nacido por medio de esta técnica de gestación de sustitución cuando además de la solicitud de inscripción del menor se aporte una sentencia judicial dictada por el Tribunal competente para determinar la filiación del nacido.
- b. Resolución judicial extranjera. Al tratarse de un documento extranjero es necesario que pase el procedimiento del exequátur. Por tanto, además de la solicitud de inscripción y de la resolución judicial que determina la filiación del nacido, es necesario que se acompañe el auto judicial que ponga fin al procedimiento del exequátur.
- c. Control incidental. En el caso de que la resolución judicial extranjera tenga su origen en un procedimiento análogo de jurisdicción voluntaria iniciado en nuestro país, el encargado del Registro Civil controlará incidentalmente que dicha resolución extranjera cumple los requisitos, todo ello antes de la inscripción del nacido.

²³ Texto completo de la Convención sobre los Derechos del Niño traducido al español en <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx>, consultado el 10 de noviembre a las 18:31 horas.

²⁴ VELA SÁNCHEZ, A.J., *Gestación por encargo: Tratamiento judicial...*, op., cit., p. 48-49.

²⁵ BOE, núm. 243, de 7 de octubre de 2010.

²⁶ SÁNCHEZ CASTRILLO, G., “El principio del favor “filii” en la gestación por sustitución”, *Aranzadi Digital*, núm. 1/2015, p. 1-2 (BIB 2015/4834).

- d. Certificación médica. No se admitirá la inscripción cuando la solicitud de la misma vaya acompañada únicamente de un certificado médico en el que no conste el nombre de la madre gestante.

Esta regulación supone incorporar la doctrina consolidada del Tribunal Supremo basada en la inscripción de la resolución extranjera mediante exequátur, pero a la vez supone romper con la doctrina del año 2006 en la que se negaba la inscripción de unos gemelos nacidos en California mediante gestación por sustitución tal como manifiesta SÁNCHEZ CASTRILLO, “Si bien es cierto que esta Instrucción incorpora la doctrina consolidada del Tribunal Supremo, en relación con el reconocimiento de la resolución que determina la filiación del menor dictada por un Tribunal extranjero, recogiendo la necesidad de instar el exequátur de la decisión de los Juzgados de Primera Instancia, no es menos cierto que se aparta de la doctrina que ya en el año 2006 recogió (STS 835/2013, de 6 de febrero [RJ 2014, 736]), al amparar la denegación de la inscripción del nacimiento de unos gemelos nacidos en California (EEUU) mediante gestación por sustitución”.

Consideró el Supremo que el hecho de atribuir la condición de padres al matrimonio que contrató dicha gestación era contraria al orden público internacional por resultar incompatible con normas que regulan todos aquellos aspectos esenciales de las relaciones familiares, en concreto, con la filiación, inspirada en los valores constitucionales de dignidad de la persona, respeto a la integridad moral y protección de la infancia.

Tampoco la posible conculcación de principio de no discriminación sirvió a los padres como argumento a su favor, pues la causa de denegación de la inscripción de la filiación no es que los solicitantes fuesen ambos varones, sino que la filiación pretendida traía causa de una gestación por sustitución contratada en California”²⁷.

3.4. Posición de la jurisprudencia respecto de la inscripción de los hijos nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución

3.4.1. Sentencia nº 193/2010, de 15 de Septiembre, de Juzgado de Primera Instancia nº15 de Valencia

El asunto que se enjuicia en la mentada resolución, se refiere al habido cuando un matrimonio tiene un hijo por el método de gestación por sustitución en California (Estados Unidos). En el momento que acuden al Registro Civil que se encuentra en el Consulado de España se le deniega la inscripción del menor porque el contrato de gestación está prohibido de acuerdo al art. 10 LTRHA.

Esta pareja de españoles, ante esta decisión, deciden presentar una reclamación ante la DGRN. Esta reclamación se resuelve mediante una resolución el 18 de febrero de

²⁷ SÁNCHEZ CASTRILLO, G., “El principio del favor...”, op. cit., p. 2

2009 en la que se determina que la inscripción del menor nacido por gestación por sustitución es válida. Sin embargo, el Ministerio Fiscal no está de acuerdo y presenta una demanda para que este tribunal decrete la nulidad de la Resolución de la DGRN basando su reclamación en que la inscripción no se puede llevar a cabo porque vulnera lo dispuesto en el art. 10 LTRHA que prohíbe el contrato de gestación y porque conforme a la legislación española sería imposible la inscripción en el Registro Civil. La solución dada es que se debe impugnar la Resolución dada por la DGRN por los motivos que vamos a analizar en este epígrafe.

La principal razón para impugnar la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009 es que se quiere dar validez a la inscripción de un documento jurídico que está taxativamente prohibido en nuestro ordenamiento, el contrato de gestación (art.10 LTRHA). El Juzgado de Primera Instancia establece que para que la inscripción sea válida se exige “*certificación de asientos extendidos en Registro extranjeros siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española*”. Por tanto, en el caso del derecho español la filiación vendrá determinada por el parto, es decir, que la filiación del menor será de quién la haya engendrado, de la madre que lo ha dado a luz, por lo que se prohíbe de manera expresa que la filiación de los niños nacidos mediante la técnica de gestación por sustitución no se inscriba a favor de persona que lo ha parido. Entonces, el Juzgador determina que en nuestro ordenamiento está prohibida la gestación por sustitución y el encargado del Registro Civil actuó de manera adecuada aplicando el art. 23 Reglamento de la Ley del Registro Civil²⁸ examinando la legalidad del certificado extranjero expedido con carácter previo a la inscripción en el Registro Civil, al estar prohibida en España la gestación por sustitución impidiendo la inscripción de la misma²⁹.

La otra gran razón por la que el Juzgador impugna la Resolución de la DGRN es porque con la posibilidad de inscribir a un menor nacido siguiendo esta técnica reproductiva vulneraría el orden público internacional español.

El Juzgador en la sentencia establece que el encargado del Registro Civil en ningún momento analiza la inscripción utilizando términos genéricos como el orden público, sino que se refiere a la función y obligación que tiene de examinar que el certificado extranjero cumple las medidas legales para poder inscribirse de acuerdo a la legislación española. Por tanto, no se deberá analizar la validez de la inscripción teniendo en cuenta el orden público internacional español, sino que se debe valorar su validez en el contexto de si debe ser de aplicación la LTRHA³⁰.

²⁸ BOE, num. 296, de 11 de diciembre de 1958.

²⁹ VELA SÁNCHEZ, A.J., *Gestación por encargo: Tratamiento judicial...*, op., cit., p. 60-61.

³⁰ VELA SÁNCHEZ, A.J., *Gestación por encargo: Tratamiento judicial...*, op., cit., p. 62.

En palabras de BARBER CÁRCAMO y que suscribo en su integridad, “A mi entender, y en el estado actual de la legislación española, la prohibición de la gestación sustituta sí constituye una consecuencia exigida por la coherencia de nuestro ordenamiento, en cuanto fundada en los principios básicos que lo animan y explican. De modo que el artículo 10 LTRHA no es un obstáculo legal único y puntual, sino un elemento más acorde con otras normas constitucionales, penales, civiles y registrales, cuya inspiración y fundamento comunes permiten a un ordenamiento presentarse como un sistema armónico y así, la dignidad de la persona que sustenta como clave el arco de los derechos fundamentales en el artículo 10 de la Constitución Española³¹, explica que un contrato cuya causa y objeto sea una transacción ya no sólo sobre el cuerpo humano, sino sobre una vida humana futura, no merezca la protección del ordenamiento. Con independencia del carácter lucrativo u oneroso de la transacción”³².

3.4.2. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª de lo Civil, de 6 de febrero de 2014

Una de las sentencias que marcan el cambio de doctrina del Tribunal Supremo en lo relativo al reconocimiento de la gestación por sustitución es la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª de lo Civil, de 6 de febrero de 2014 (RJ 2014, 833).

Debemos recordar que, en España, de momento, no está permitida la gestación por sustitución. Es más, el artículo 10 LTRHA, prohíbe de manera expresa la validez de los contratos de gestación por sustitución en nuestro país. Por tanto, esta prohibición expresa junto con la posibilidad de que esta técnica de reproducción esté permitida en otros Estados provoca el conflicto de la inscripción de los nacidos mediante gestación por sustitución. Este problema es el que va a abordar esta Sentencia del Tribunal Supremo.

En esta Sentencia se aborda una situación en la que una pareja de españoles ha tenido dos hijos en California por la técnica de gestación por sustitución y en el momento de la inscripción el encargado del Registro Civil deniega la inscripción debido a que el contrato de gestación está prohibido en nuestro Estado, de acuerdo al artículo 10 LTRHA.

Ante esta negativa los padres de los dos niños presentan una reclamación ante la Dirección General del Registro y del Notario. Este organismo resuelve mediante una Resolución de fecha 18 de febrero de 2009 (RJ 2009, 1735) en el que determina que se lleve a cabo la inscripción de los menores porque no se está vulnerando el orden público internacional, evita la discriminación por razón de sexo y protege el interés superior del menor.

³¹ BOE, núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

³² BARBER CÁRCAMO, R., “La legalización administrativa de la gestación por sustitución en España (crónica de una ilegalidad y remedios para combatirla)”, *RCDI*, núm. 739, 2013, p. 2940.

Sin embargo, el Ministerio Fiscal impugna esta resolución porque considera que la inscripción de los menores en California estaría incumpliendo el art. 10 LTRHA que prohíbe el contrato de gestación. Además, alega que la filiación se debe determinar por el parto y que los padres podrían ejercer la acción de paternidad de filiación si lo consideran oportuno y, manifiesta que se está vulnerando el orden público internacional español no debiendo procederse a la inscripción.

Esta demanda del Ministerio Fiscal se enjuicia por el Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia dictaminando la impugnación de la inscripción de los menores. Ante esta resolución judicial los padres presentan un recurso a la misma basando dicho recurso en el artículo 14 CE, por vulneración del principio de igualdad, relacionándolo con el principio de identidad única que deben tener los menores y el interés superior del menor consagrado en la Convención de Derechos del Niño, firmada en Nueva York el 2 de noviembre de 1989 (RCL 1990, 2712)³³.

Pues bien, en esta Sentencia del Tribunal Supremo expresa que en la inscripción en los Registros extranjeros se debe hacer prevalecer el orden público internacional español. En el caso de la gestación por sustitución debemos acudir a lo dispuesto en el artículo 10 LTRHA. El Alto Tribunal considera que se trata de un orden público internacional “atenuado” y que su intensidad de atenuación es menor cuanto más cercanos sean los vínculos de la situación jurídica con España. Los solicitantes son nacionales españoles cuyo único objeto al ir a California es llevar a cabo un contrato de gestación y una entrega de un menor, es decir, llevar a cabo un acto totalmente prohibido en España. Por tanto, consideran que la atenuación desaparece y que la decisión de la autoridad californiana de nombrar como padres a la pareja española atenta contra el orden público internacional español debido a que se está incumpliendo lo previsto en el art. 10 LTRHA, y, en consecuencia, consideran válida la negativa del encargado del Registro civil de la embajada española en California de inscribir al menor³⁴.

Además, se establece que no se está vulnerando el interés superior del menor al existir métodos alternativos en la normativa española para determinar la filiación del menor como puede ser la filiación natural de uno de los padres y la filiación por adopción del otro. Por tanto, insta al Ministerio Fiscal para que ejercite las acciones que determinen de manera efectiva la correcta filiación de los menores y la efectiva integración en el núcleo familiar “de facto”³⁵.

³³ BOE nº 313, de 31 de diciembre de 1990

³⁴PANIZA FULLANA, A., “Gestación por sustitución e inscripción de la filiación en el Registro Civil español: la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº1, 2014, p. 59-67 (BIB 2014/841).

³⁵SALAS CARCELLER, A., “Gestación por sustitución”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº2, 2014, p. 11-15 (BIB 2014/1126).

3.4.2.1. El contrato de gestación y el interés superior del menor

Con esta Sentencia del Tribunal Supremo está priorizando el orden público internacional español sobre el interés superior del menor, que desde mi punto de vista es un error debido a que considero que es más importante defender a un menor que al orden público internacional español.

Tal como manifiesta PANIZA FULLANA, “toda esta regulación que impide la gestación por sustitución se tiene que volver a la filiación determinada por el parto, a la biológica, quedando en su caso, la posibilidad de ejercitar una acción de reclamación de paternidad por parte del padre biológico mientras que en el caso de los partos dobles se crea la ficción de la existencia de dos madres. Es una disgregación de criterios cuya causa subyace en la realidad social y que se manifiestan en estas resoluciones judiciales”.³⁶

En la actualidad, considero que se debe hacer una evolución en esta comprensión, al igual que lo consideran los recurrentes del recurso que conoce el Tribunal Supremo porque la filiación no se debe basar sólo en una relación biológica, sino que también se puede determinar por otros factores, no suponiendo una contravención del orden público internacional español como puede ser la adopción o el consentimiento y en el que también considero que podría entrar el contrato de gestación.

Otra cuestión que sería interesante abordar es si el interés superior del menor puede subsanar la ilegalidad del contrato de gestación considerado nulo en nuestro país. Se debe afirmar que el interés superior del menor no debe estar por encima de ningún acuerdo que se considere ilegal. Por eso, en la sentencia analizada en este apartado se estipula que la protección de los menores se debe dar de acuerdo a la normativa española y los Convenios acordados por el Estado español.

3.4.3. Auto del Tribunal Supremo, Sala 1ª de lo Civil, de 2 de febrero de 2015

Este auto del Tribunal Supremo sigue la misma doctrina que la establecida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014. Establece que no son válidas las inscripciones basadas en un contrato de gestación debido a que este instrumento jurídico está expresamente prohibido en el art. 10 LTRHA. Además, con esta decisión no se está vulnerando el derecho a la igualdad de los padres ni se está vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva, ni el derecho a la intimidad familiar.

Entonces, lo realmente importante de este auto es que dicha decisión se basa en las diferentes resoluciones que, en su momento, eran novedosas sobre la gestación por sustitución y, cuya argumentación, vamos a analizar en este epígrafe. Lo que queda claro

³⁶ PANIZA FULLANA, A., “Gestación por sustitución e inscripción...”, *op.cit.*, p. 64.

es que con esta cascada de resoluciones y de doctrina es totalmente necesaria una regulación sobre la gestación por sustitución para acabar con todas estas controversias.

La doctrina desarrollada por los Tribunales a lo largo de las diferentes resoluciones anteriormente analizadas ha sido confirmada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) al analizar el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos o Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado el 4 de noviembre de 1950 en Roma³⁷³⁸ (en adelante, CEDH) en el que se consagra que toda persona tiene derecho a su vida personal y familiar.

Pues bien, con las sentencias del TEDH de 26 de junio de 2014 (asuntos *Mennesson c. France* y *Labassee c. France*) se permite volver a analizar los derechos constitucionales en cuestión para analizar si se han incumplido los mismos de acuerdo a la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo. Estos casos se parecen al caso español sólo con la excepción de que la legislación francesa impide el contacto mediante la filiación entre el menor y los padres comitentes. Por tanto, esto hace que la doctrina seguida por el Tribunal Supremo sea válida.

El TEDH considera que la decisión adoptada por la legislación francesa que defiende que no existe contacto de filiación entre el menor y los padres comitentes es contrario al derecho de toda persona a su vida personal y familiar por lo que esta medida perjudica claramente la identidad del menor, provocando un desequilibrio entre la prohibición de la gestación por sustitución y la salvaguarda del interés superior del menor.

Ésta es la principal diferencia entre el ordenamiento francés y el español. En la legislación española se respeta el derecho a una vida personal y familiar que se reconoce en el art. 8 CEDH porque se permite que exista una relación de filiación entre el menor y el padre comitente debiendo el otro progenitor iniciar los trámites de adopción para poder inscribirse en el futuro como padre legal del menor. Por tanto, el Alto Tribunal considera que los diferentes problemas que puedan surgir en el proceso de filiación o en su caso en el de adopción “*son problemas transitorios, superables y no alcanzan un nivel de gravedad que puedan considerarse constitutivos de un desequilibrio entre los intereses de la comunidad, fijados en su legislación sobre filiación y reproducción humana asistida, y el interés de los menores*”³⁹.

³⁷ BOE, nº 243, de 10 de octubre de 1979.

³⁸ Texto completo traducido al castellano en http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf consultado el 3 de noviembre de 2017 a las 11:55 horas.

³⁹ VAQUERO LÓPEZ, C., “La denegación de acceso al Registro Civil español de la filiación derivada de un contrato de gestación por sustitución a la luz de la jurisprudencia del TEDH: comentario del ATS de 2 de febrero de 2015”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº4, 2015, p. 107-116 (BIB 2015/982).

3.4.4. Especial referencia a las resoluciones sobre gestación por sustitución dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos también ha mostrado su posición respecto a la gestación por sustitución por medio de los casos *Mennesson c. France* (nº 65192/11)⁴⁰ y *Labassee c. France* (nº 65941/11)⁴¹ de 26 de junio de 2014. A continuación, vamos a analizar los aspectos más relevantes de estas resoluciones.

El TEDH ha determinado que se debe preservar la filiación del menor desde su nacimiento, sin que dicha filiación se pueda ver afectada por el diferente tratamiento legislativo de la gestación por sustitución en función del lugar donde residan los padres intencionales y el menor nacido por esta técnica reproductiva asistida. Ambos supuestos se tratan de matrimonios de nacionalidad francesa que ante la negativa a que este proceso se pueda llevar en Francia tienen un hijo en dos Estados de los Estados Unidos (California y Minnesota). Una vez nacidos los hijos de ambos matrimonios se siguen todos los requisitos para que se pueda inscribir a ambos menores en el Registro Civil francés. Sin embargo, en el momento de llevar a cabo la inscripción el encargado del Registro Civil deniega la misma porque determina que vulnera el orden público internacional francés. A pesar de no ser reconocidos como hijos legales han podido vivir en Francia como uniones familiares.

El TEDH ante esta situación determina que la no inscripción de estos menores está vulnerando lo previsto en el artículo 8 de la Declaración del Niño en el que se reconoce que tienen derecho y respeto a una vida privada la cual puede verse afectada por la falta de su inscripción de filiación y que además están privados de la nacionalidad francesa y de todos los derechos que derivan de la misma. Además, determina que entiende que cada Estado pueda regular como considere oportuno la gestación por sustitución, pero no inscribir a estos menores por haber nacido mediante el método de la gestación por sustitución es excederse en su valoración por parte de las autoridades francesas. Por otro lado, considera que no se ha vulnerado el derecho al respeto de la vida familiar a los padres intencionales porque durante todo momento han podido vivir y hacer una vida social en Francia⁴².

⁴⁰ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos pone a disposición de cualquiera el acceso a esta sentencia en francés en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145179> consultado el 27 de octubre de 2017 a las 9:10 horas.

⁴¹ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos pone a disposición de cualquiera el acceso a esta sentencia en francés en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145180> consultado el 27 de octubre de 2017 a las 10:44 horas.

⁴² DURÁN-AYAGO A., “Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Mennesson c. France* (n.º 65192/11) y caso *Labassee c. France* (n.º 65941/11) de 26 de junio de 2014: Interés superior del menor y gestación por sustitución”, *AIS: Ars Iuris Salmanticensis*, 2015, pp. 280-282. Disponible en <http://revistas.usal.es/index.php/ais/article/view/12785> consultado el 27 de octubre de 2017 a las 12:59 horas.

También existen otras sentencias relevantes del TEDH que se deben destacar en este punto.

En primer lugar, vamos a hablar del caso Foulon c. France (nº 9063/14) y Bouvet c. France (nº 10410/14)⁴³ de 21 de julio de 2014. En este asunto se decide el conflicto habido en relación a dos matrimonios franceses que tienen un hijo en el caso Foulon y dos gemelos en el caso Bouvet por la técnica de gestación subrogada en India. De nuevo, el encargado del Registro Civil francés deniega la inscripción de estos menores porque considera que la misma contravendría el orden público internacional francés. Sin embargo, la novedad respecto al caso Mennesson y Labassee es que en el Tribunal de Casación francés se reconoce que los solicitantes pueden determinar la filiación por la vía del reconocimiento de la paternidad o de la posesión de Estado. Por tanto, se da una posible salida a la falta de inscripción de los menores nacidos por esta técnica reproductiva. El TEDH determina que se debe decidir lo mismo que en los casos Mennesson y Labassee porque la falta de inscripción vulnera el art. 8 de la Convención del Niño vulnerando el derecho al respeto a la vida familiar⁴⁴.

Posteriormente surge el caso Laboire c. France (nº 44024/13)⁴⁵ de 19 de enero de 2017. De nuevo un matrimonio de nacionalidad francesa decide tener un hijo por el método de gestación por sustitución nacido en Ucrania en el año 2010. En el momento de inscribir al menor en el Registro Civil francés se deniega la misma. El Estado francés aboga que la inscripción no es posible, pero se puede dar la filiación por la vía del reconocimiento de la paternidad o de la posesión de Estado, o por la vía de la acción en establecimiento de la filiación. El TEDH vuelve a dictaminar lo mismo que en los casos Mennesson y Labassee y Foulon y Bouvet determinando que es verdad que no se vulnera el derecho y respeto a una vida familiar, pero se está vulnerando el derecho al respeto de la vida privada de los implicados⁴⁶.

El último caso en el que se ha debatido la gestación por sustitución en el TEDH es el caso Paradiso y Campanelli c. Italy (nº 25358/12)⁴⁷ de 24 de enero de 2017. Es una sentencia relevante porque se revoca lo decidido en la STEDH de 27 de enero de 2015 avalando la decisión de los tribunales italianos de retirar la custodia de un hijo nacido por

⁴³ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos pone a disposición de cualquiera el acceso a esta sentencia en francés, en <http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-164968> consultado el 27 de octubre de 2017 a las 14.53 horas.

⁴⁴ RÍO SANTOS, F., “La jurisprudencia del TEDH en materia de gestación por sustitución y su influencia en la jurisprudencia española (1)”, *Revista La Ley Actualidad Civil*, nº 6, 2017, pp. 84-94 (LA LEY 6710/2017).

⁴⁵ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos pone a disposición de cualquiera el acceso a esta sentencia en francés en <http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-170369> consultado el 27 de octubre de 2017 a las 18:33 horas.

⁴⁶ RÍO SANTOS, F., “La jurisprudencia del TEDH...”, *op. cit.*, p. 86.

⁴⁷ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos pone a disposición de cualquiera el acceso a esta sentencia en inglés en <http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-170359> consultado el 27 de octubre de 2017 a las 20:27 horas.

gestación por sustitución a unos padres de nacionalidad italiana con la que no tiene ningún vínculo biológico.

Este procedimiento tiene su origen en un contrato de gestación entre los padres intencionales y la sociedad rusa Rosjurconsulting. La madre gestante el día del nacimiento firma un consentimiento en el que renuncia a los derechos del menor y para que quede constancia se lee en alto delante de los empleados médicos que lo atendieron, para que el menor fuera registrado como progenitor de los solicitantes. El problema surge al querer inscribir al menor en el Registro civil italiano presentando el certificado de nacimiento ruso constando como progenitores los padres intencionales, momento en el que el encargado no acepta la inscripción debido a que incumple la normativa italiana.

El TEDH considera que no ha existido una vulneración del derecho al respeto de una vida familiar debido a que no existe una relación biológica entre los padres intencionales y del menor y que la separación del menor de los padres intencionales no supondrá un perjuicio grave para el menor⁴⁸.

3.5. Regulación de gestación por sustitución propuesta por el Grupo de Ética y Buena Práctica Clínica de la SEF

En abril de 2016 el Grupo de Ética y Buen Práctica de la Sociedad Española de Fertilidad (SEF)⁴⁹ presenta un trabajo cuyo objetivo es establecer las bases generales para la regulación de la gestación por sustitución.

Estas bases de regulación se dividen en los siguientes puntos:

1. La gestación por sustitución es un recurso excepcional y sólo se puede justificar cuando en los progenitores subrogantes o en la madre subrogada existan problemas médicos que hagan imposible poder concebir de manera natural y hayan acudido previamente a otras técnicas de reproducción asistida.
2. La madre gestante y los padres intencionales deben reunir una serie de requisitos de edad, capacidad, madurez y salud física y psicológica, debiendo comprobarse la situación socioeconómica de la madre gestante para descartar que se encuentre una situación de grave necesidad.
3. No se podrán transferir más de dos embriones a la madre gestante siendo necesario la existencia de un seguro en favor de la madre gestante que prevea cualquier tipo de incidencia que pueda surgir durante el proceso. Además, se le debe garantizar

⁴⁸ RÍO SANTOS, F., "La jurisprudencia del TEDH...", *op. cit.*, p. 87-88.

⁴⁹ Esta propuesta se recoge en <http://www.sefertilidad.net/docs/grupos/etica/propuestaBases.pdf> consultado el 23 de octubre de 2017 a las 13:41 horas.

apoyo psicológico, por si fuera necesario, durante el embarazo y después del embarazo.

4. Es necesario que uno de los miembros de los padres intencionales o la madre intencional aporte sus propios gametos, es decir, su material genético porque si no es así se podría favorecer el comercio de niños. No se debe admitir que la madre gestante aporte los gametos debido a que iría en contra de la normativa de confidencialidad del donante que existe en España y también para evitar una vinculación afectiva con el feto.
5. Es necesario que la madre gestante haya tenido previamente un hijo propio para que tenga un conocimiento informado de lo que supone el embarazo y sus consecuencias. Si está casada o tiene pareja será necesario el consentimiento de su pareja o compañero.
6. La elección de la madre gestante no se debe hacer por los padres intencionales o la madre subrogada, sino que se debe elegir de acuerdo a unos parámetros médicos. La madre gestante no debe tener una relación de parentesco, económica, laboral o de cualquier otro tipo con los padres intencionales o la madre subrogada.
7. No se puede pagar a la madre gestante por llevar a cabo el proceso de la gestación por sustitución, sino que debe recibir una recompensación económica por parte de los padres intencionales o de la madre subrogada por las molestias causadas durante el embarazo que no estén cubiertos.
8. Las solicitudes habrán de ser revisadas y aceptadas por un Comité Ético debiendo tener en cuenta, además de todo lo referido anteriormente, la futura descendencia.
9. Es necesario de manera previa a iniciar el proceso médico, la firma de un documento en el que conste la voluntariedad del consentimiento informado, no se produce tráfico de niños ni explotación de la mujer y se dispone de la documentación clínica y social pertinente acompañado del dictamen favorable del Comité Ético.
10. Es posible que la relación establecida se mantenga en el anonimato si las partes lo desean así. También es posible que los padres subrogantes quieran tener conocimiento de la madre gestante, pero para ello es necesario el consentimiento de ésta última y si lo da tengan contacto durante el embarazo.
11. A la madre gestante se le debe reconocer libertad y autonomía en la adopción de sus decisiones desde que se produce la transferencia embrionaria hasta el final del embarazo, pudiendo continuar o interrumpir el mismo con independencia de lo que haya acordado con los padres intencionales. Por tanto, en el acuerdo que

firmer se deberá contemplar la manera de actuar en estas situaciones y el tipo de conducta o de hábitos de vida que no debe realizar la madre gestante.

12. Se debe crear por la Administración Pública un registro de gestantes con el objetivo de controlar las veces que una madre gestante ha realizado este tratamiento y así evitar poner en peligro su vida.
13. Pueden existir agencias intermediarias, pero debe ser sin ánimo de lucro y la publicidad que hagan no puede alentar a la práctica de esta técnica reproductiva basándose en intereses económicos.

3.6. Permiso de maternidad a los padres intencionales de niños nacidos mediante gestación por sustitución

La gestación por sustitución crea una situación especial respecto al permiso de maternidad debido a que no se contempla esta situación ni en el art. 48 del 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 (en adelante, ET),⁵⁰ ni en el art. 177 del Real Decreto 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante, LGSS)⁵¹ como tampoco en el Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural⁵².

La gestación por sustitución plantea una situación totalmente *sui generis* porque puede llegar a reconocer como único progenitor al padre intencional y, recordemos que en el sistema español rige la norma de que la madre que concibe al menor es la madre biológica, pero si no hay madre, ¿cómo se soluciona esta situación?. SELMA PENALVA argumenta que “en esta situación se supone que tanto la madre gestante como la madre intencional han renunciado a la patria potestad del menor quedando este bajo la tutela exclusiva del padre. Por tanto, sería una situación especial porque nos encontraríamos en una situación de paternidad exclusiva”⁵³.

Tal como argumenta VARELA AUTRÁN, “teniendo en cuenta los fines propios del descanso por maternidad en los términos en los que viene configurado en el artículo 48 ET, no cabe denegar la prestación por maternidad a aquella persona que no es la madre biológica, pero ostenta la titularidad de una relación de filiación en concepto de progenitor

⁵⁰ BOE, núm. 255, de 24 de octubre de 2015.

⁵¹ BOE, núm. 261, de 31 de octubre de 2015.

⁵² BOE, núm. 69, de 21 de marzo de 2009.

⁵³ SELMA PENALVA, A., “Vientres de alquiler y prestación por maternidad”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nº9, 2013, p. 223-244 (BIB 2013\17).

que, jurídicamente, fue admitida y consta en el Registro Civil Español”⁵⁴. Esta situación puede llamar la atención respecto a la parte masculina de la relación porque se le concede el permiso de paternidad de acuerdo a lo establecido en el art. 48 bis ET.

Sigue argumentando VARELA AUTRÁN, “es evidente que el permiso de maternidad y la consiguiente prestación contributiva, en principio, se haya ligado a la recuperación física de la madre que gesta y a los primeros cuidados que requiere la criatura recién nacida, sin embargo, tal finalidad no se concibe en términos absolutos, por cuanto a salvo de las seis primeras semanas, puede disfrutar de dicho descanso retributivo el otro progenitor”⁵⁵.

La STSJ de Madrid de 18 de octubre de 2012 (AS 2012/2503) considera se trata de una situación que no se encuentra regulada en la normativa de la Seguridad Social y que se concede porque se considera que es un derecho de naturaleza netamente social establecido con carácter preponderante en favor de un ser humano recién nacido y orientado a su protección personal en los primeros momentos de su vida. Por tanto, este medio de protección social se debe conceder con independencia de que la gestación por sustitución esté, de momento, prohibida en España debido a que los padres intencionales están legitimados por la inscripción del menor en el Registro Civil español.

En el ámbito comunitario también han surgido problemas relativos a la concesión de esta prestación a los padres intencionales una vez nacido el menor fruto de esta técnica reproductiva. Para poder aplicar el artículo 8 de la Directiva 92/85/CEE⁵⁶ es necesario que la madre que solicita la prestación de maternidad haya sido madre biológica durante el embarazo y después de éste, requisito que en el caso de la madre intencional no se cumple.

Al no cumplirse este requisito lleva a que se planteen dos cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) con el objetivo de que aclare el alcance de la prestación por maternidad en los casos de gestación por sustitución. El TJUE considera que el derecho europeo es la base de los derechos nacionales que son los que deben ampliar su regulación y moldear la misma, incluyendo una regulación sobre el permiso de maternidad para la madre de intención. Por tanto, determina que son los Estados miembros los que tienen que adoptar las medidas específicas para que las madres trabajadoras disfruten de un período de maternidad como

⁵⁴ VARELA AUTRÁN, B., “La protección social de la maternidad no biológica. STSJ Madrid 18 de octubre de 2012”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nº1, 2013, pp. 153-160 (BIB 2013\695).

⁵⁵ VARELA AUTRÁN, B. “La protección social...”, op., cit., p. 156.

⁵⁶ DOUE, núm. 348, de 28 de noviembre de 1992.

mínimo de catorce semanas ininterrumpidas que deberán incluir un período de permiso obligatorio como mínimo de dos semanas⁵⁷.

3.6.1. Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2016 y 26 de noviembre de 2016

Al no existir un criterio unificado por parte de los Tribunales sobre el modo de actuar para conceder o no la prestación por maternidad a los progenitores que tienen un niño nacido por contrato de gestación se acude a dos Sentencias del Tribunal Supremo que determinarán las prestaciones de maternidad para estos casos.

Con anterioridad a estas Sentencias del Tribunal Supremo, que se van a analizar en este epígrafe, existían pronunciamientos a favor de conceder la prestación por maternidad a estos agentes mientras que existen pronunciamientos que se negaban rotundamente a conceder este beneficio a los progenitores de un niño nacido mediante la técnica de la gestación por sustitución. La decisión que se toma por el Tribunal Supremo, buscando preservar el interés superior del menor, considera que los comitentes pueden disfrutar de la suspensión de la relación laboral y, derivado de ello, de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social, sustitutivas del salario dejado de percibir por dicha suspensión, y todo ello con independencia de que la gestación por sustitución no figure en las situaciones previstas en el art. 48.4 ET o en el art. 177 TRLGSS, aplicándose por analogía⁵⁸.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2016 (ROJ 5375/2016) tiene su base en un padre soltero que ha tenido a sus dos hijas por medio de la técnica reproductiva de la gestación por sustitución en la India. La técnica de gestación por sustitución se llevó a cabo con el material genético del padre intencional y de una donante. Antes de la inscripción de las niñas en el Registro Civil español del Consulado en Nueva Delhi, la madre gestante renuncia a los derechos de filiación que pudiera tener sobre las niñas ejerciendo la patria potestad de manera exclusiva el padre.

De manera posterior solicita la prestación de maternidad para poder ocuparse de ellas durante sus primeros meses, pero dicha petición es denegada por medio de una resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), determinando que se le deniega debido a que su situación no se puede encajar en ninguno de los supuestos del art. 133 bis LGSS, que en la actualidad es el art. 177 TRLGSS.

⁵⁷ RODRIGUEZ RODRIGUEZ, E., “La desprotección de la maternidad por subrogación en la jurisprudencia europea frente al derecho de igualdad de empleo (y II)”, *Revista Doctrinal La Ley Laboral Trabajo y Derecho*, nº4, 2015, p. 94-98, (LA LEY 2791/2015).

⁵⁸ 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” (A propósito de las SSTs, Sala 4ª, de 25 de octubre -RCUD 3818/2015- y 16 de noviembre de 2016 -RCUD 3146/2014), *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, Diciembre 2016, p. 1-18.

Presentó una demanda en primera instancia en la que le denegaron la concesión de este permiso. Recurrió a segunda instancia, Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en el que se concede esta prestación de maternidad porque considera que la inscripción en el Registro civil español por parte del padre biológico se puede asimilar a la situación de adopción o acogimiento para las que está prevista una serie de medidas de prestación de maternidad. Además, determina que la denegación de la prestación por maternidad por tratarse de un niño nacido mediante la técnica de gestación por sustitución no puede ampararse en el art. 10 LTRHA porque en ese precepto no se regulan este tipo de prestaciones.

Contra esta Sentencia, STSJ de Cataluña de 17 de septiembre de 2015 (rec. núm. 2299/2015) [ROJ 8313/2015], la Administración de la Seguridad Social presenta un recurso de casación para la unificación de doctrina. Además, alega que con este pronunciamiento se está incumpliendo la Directiva 92/85/CEE del Consejo de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, o que haya dado a luz o en periodo de lactancia, así como el art. 133 LGSS, actualmente el art. 177 TRLGSS, así como el art. 48.4 ET.

Por otro lado, la Sentencia de 16 de noviembre de 2016 (ROJ 5283/2016) tiene su base en un matrimonio con nacionalidad española que en el Estado de California (EEUU) tienen un hijo por la técnica reproductiva de gestación por sustitución cumpliendo todos los requisitos exigidos, incluida la sentencia de filiación antes del nacimiento en el que se les reconoce como padres del *nasciturus* que posteriormente nacerá. Una vez que el niño nace es inscrito en el Registro de California y en el Registro civil del Consulado de España.

En un momento posterior, se solicita la prestación de maternidad para poder atender al menor en los primeros meses de vida. Dicha solicitud es denegada por el INSS debido a que la gestación por sustitución no es una situación protegida por la prestación de maternidad.

La madre presenta una demanda en primera instancia que es denegada en su integridad y el recurso presentado en segunda instancia ante el Tribunal Superior de Justicia también se desestima porque consideran que, aunque con anterioridad han concedido la prestación por maternidad, no se puede conceder porque va en contra de la STSJ de País Vasco, de 13 de mayo de 2014 (rec. núm. 749/2014) [ROJ 22/2014] apoyada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). Contra esta sentencia se presenta un recurso de casación de unificación de doctrina basándose en la Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Asturias de 20 de septiembre de 2012 (rec.

núm. 1604/2012) [ROJ 3514/2012] en el que se reconoce la prestación de maternidad para los casos de niños nacidos mediante la técnica de gestación por sustitución.

Estos dos supuestos son resueltos de manera conjunta por el Tribunal Supremo concediendo en ambos supuestos la prestación de maternidad, después de analizar los siguientes puntos⁵⁹:

1. La nulidad de pleno derecho del contrato de gestación no supone que no se conceda a los comitentes la prestación de maternidad, privando al menor de los derechos que le son propios.
2. El interés superior del menor. El Tribunal Supremo considera que la aplicación del interés superior del menor, reconocido en el art. 8 de la Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y aplicado en la Sentencia de 6 de febrero de 2014, debe ser *in extenso*. Por tanto, cualquier decisión que se tome que concierna al menor debe prevalecer, en primer lugar, preservar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés que pueda existir en la decisión.

Teniendo en cuenta el art. 8 del Convenio se debe preservar que el menor tenga derecho a una vida familiar con sus progenitores por lo que el objetivo del Estado es permitir e incentivar esta relación dando una protección jurídica que permita y asegure esta situación.

3. La protección integral de la familia y de los hijos, y de no discriminación. Por tanto, si no se concediera la protección de la prestación de maternidad en los casos de menores nacidos por contrato de gestación se estaría produciendo una discriminación por razón de la filiación reconocida en los artículos 14 y 39.2 CE. Estos preceptos determinan que se debe asegurar y preservar que todos los menores serán iguales ante la ley, con independencia de su filiación, incluyendo las normas laborales y de Seguridad Social, reguladoras de situaciones de maternidad, en orden a la protección de la familia y la infancia. Entonces, aunque el art. 10 LTRHA establezca la prohibición de los contratos de gestación eso no elimina la necesidad de que tanto una madre como su hijo adquieran la protección del Estado mediante una prestación de maternidad, no pudiendo privar al menor de sus derechos.
4. La aplicación analógica de los supuestos de adopción o acogimiento, respecto del acceso a las prestaciones por maternidad. El Tribunal Supremo considera que la prestación de maternidad no se dirige exclusivamente a la madre biológica sino a

⁵⁹ PANIZO ROBLES, J. A., “¿Se abre la brecha? El Tribunal Supremo...”, *op. cit.*, p. 15-18.

5. todas en su conjunto porque esta prestación está dirigida al descanso, salud y recuperación de la madre, pero también a preservar la relación estrecha que debe existir entre la madre y su hijo durante el período posterior al nacimiento del hijo. En este segundo aspecto, incentivar la relación estrecha entre la madre y su hijo, es el motivo por el que se concede la prestación de maternidad en los casos de adopción o acogimiento y por la que se debe conceder en el caso de la maternidad de gestación por sustitución.

Estas nuevas relaciones y situaciones se producen en el caso de la gestación por sustitución por lo que el Tribunal Supremo considera que deben ser protegidas en la misma cantidad y medida que en el caso de la adopción o acogimiento. Además, determina que la normativa de la Seguridad Social prevé que tendrán las mismas salvaguardas que la adopción o el acogimiento las instituciones jurídicas internacionales que tengan por finalidad y efectos jurídicos los previstos para la adopción y el acogimiento, asimilación que se puede aplicar a los casos de gestación por sustitución.

Por tanto, el Tribunal Supremo considera que no es lógico que no se reconozca la prestación de maternidad en los casos de gestación por sustitución cuando se reconocería *ex lege* si el solicitante se hubiera limitado a adoptar o al acogimiento.

4. LA LABOR DE CIUDADANOS EN FAVOR DE LA REGULACIÓN DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

4.1. La proposición de no ley presentada por ciudadanos en la Asamblea de Madrid el 10 de marzo de 2016

Es evidente la necesidad de una regulación de la gestación por sustitución teniendo en cuenta la realidad social existente en España en el que cada vez existe más parejas que tienen a sus hijos por la técnica de gestación por sustitución.

El partido político Ciudadanos (C's) es el que ha mostrado más interés en reconocer de manera legal la gestación por sustitución por lo que vamos a analizar los dos momentos en que han impulsado su reconocimiento legislativo.

El 10 de marzo de 2016, Ciudadanos registró por medio de su diputada Eva Borox una Proposición no de Ley en la Asamblea de Madrid⁶⁰. En esta Proposición No de Ley se establece que con la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 se proclama que la paternidad no tiene límites transfronterizos, y, por tanto, anula el contenido de lo establecido en el art. 10 LTRHA, en el que se declara nulo el contrato de gestación por

⁶⁰ BOAM, núm. 49, de 10 de marzo de 2016

sustitución, haciendo posible la inscripción en el Registro Civil español del deseado fruto del contrato con la única condición de que no se haya formalizado en España.

Además, siguen argumentando que esta Instrucción vele por el interés superior del menor citando la Convención sobre Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, adoptada por Naciones Unidas, y ratificada por el Estado español el 30 de noviembre de 1990. Además, esta Convención reconoce otros derechos como que los menores tienen derecho a que sus padres sean los mismos en todos los países por lo que la Instrucción está cumpliendo con esta normativa al establecer un nuevo actuar por el Registro Civil español.

Esta Instrucción, a juicio de Ciudadanos (C's), es una regulación de facto positiva de la gestación por sustitución en España. Continúan argumentando que esta técnica reproductiva es cada vez más ampliamente reconocida en los diferentes países del mundo y se ve con la misma naturalidad que otros nuevos modelos de familia como pueden ser el matrimonio entre personas del mismo sexo (Ley 13/2005, de 1 de Julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio⁶¹) o la de adopción internacional (Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional⁶²).

Por tanto, se ha producido una evolución tanto en la concepción del derecho de familia como en el caso de la filiación en la que se ha pasado de basarse en las presunciones contenidas en el art. 116 del Código Civil a llevarse a cabo unas presunciones de consentimiento en el caso de las técnicas de reproducción asistida.

Toda esta nueva realidad relativa a la concepción de familia y los avances en la medicina que se han producido, sobre todo en los últimos años, lleva a que hace tiempo que se demande una regulación específica de la gestación por sustitución y que garantice los derechos de todos los intervinientes en el proceso y sobre todo de los menores fruto de estas técnicas de reproducción asistida.

Por tanto, consideran que el derecho de paternidad o a la maternidad han evolucionado al igual que el modelo de familia debiendo ir ambos cambios juntos garantizando el derecho de igualdad, reconocido constitucionalmente.

Entonces, Ciudadanos (C's) insta al Gobierno de la Comunidad de Madrid a que exhorte al Gobierno de la Nación, a impulsar de forma inmediata una Ley de regulación de Gestación Subrogada, que garantice los derechos de todas las partes intervinientes en el proceso, y de forma especial a los menores fruto de esa técnica de reproducción.

⁶¹ BOE, núm. 156, de 2 de julio de 2005

⁶² BOE, núm. 312, de 29 de diciembre de 2007

Esta Proposición No de Ley fue votada en la Asamblea de Madrid el 17 de marzo de 2016. Cristina Cifuentes, miembro del Partido Popular (PP) de Madrid y presidenta de la Comunidad Autónoma de Madrid, manifestó que está de acuerdo con la proposición presentada por Ciudadanos (C's). Considera que es necesario que el Gobierno regule la gestación por sustitución mediante una ley, pero siempre que no medie una transacción económica entre los padres intencionales y la madre gestante. Por tanto, quiere que se trate de una gestación altruista⁶³. Entonces, para que se apruebe esta Proposición no de ley es necesaria que se acepte la enmienda presentada por el Partido Popular (PP).

La votación de esta Proposición de No Ley se llevó a cabo el 17 de marzo de 2016 siendo denegada dicha proposición⁶⁴.

Durante el día de la votación se produjeron reuniones del Partido Popular (PP) de la Comunidad de Madrid para abordar la situación en la que se iba a posicionar el partido en el momento de la votación de la proposición. Esto se debe a que la decisión de Cristina Cifuentes de apoyar la proposición creó muchas controversias en el seno del Partido Popular (PP) de la Comunidad de Madrid. En esta reunión dos diputados, Luis Peral y Regina Pañiol, manifestaron que iban a votar en contra de la proposición porque iba en contra de sus creencias. Estos diputados solicitaron libertad de voto, pero su partido les comunicó que no se podían acoger a ello porque no era una cuestión de creencias y si votaban en contra se les impondrían las medidas disciplinarias oportunas.

También, existieron disensiones en el Partido Socialista (PSOE) de la Comunidad de Madrid porque muchos no estaban de acuerdo con la postura de su portavoz Ángel Gabilondo, que se había manifestado en contra de esta proposición. Por tanto, solicitaron la libertad de voto, pero no fue aceptada por el partido.

Por su parte, Podemos presentó una serie de enmiendas a la Proposición no de ley basándose en que debe ser de manera altruista y que se debe proteger los derechos de todas las personas intervinientes.

Teniendo en cuenta toda esta situación de dificultad política y de pluralidad de opiniones, se unió la presión que ejercieron los grupos pro vida ya que el día 16 de marzo de 2016 un grupo de ex diputados nacionales hicieron público un escrito en el que se manifestaban en contra de la regulación de la gestación por sustitución.⁶⁵

⁶³ G. TRECEÑO, J., "Cristina Cifuentes quiere que el Estado regule por ley los 'vientres prestados'", *EL MUNDO*, 2016, en <http://www.elmundo.es/madrid/2016/03/14/56e712e4e2704e88378b45d2.html> consultado 13 de Octubre de 2017 a las 13:32 horas.

⁶⁴ BOAM, núm. 52, de 30 de marzo de 2016.

⁶⁵ G. TRECEÑO, J., "El apoyo a la gestación subrogada 'rompe' al PP en la Asamblea de Madrid y en el PSOE piden libertad de voto", *EL MUNDO*, 2016, en <http://www.elmundo.es/madrid/2016/03/17/56ea940a46163f48278b4607.html> consultado 13 de Octubre de 2017 a las 16:09 horas.

El resultado de la votación de la Proposición no de ley fue de 62 votos a favor y 64 votos en contra. Lo normal era que la propuesta hubiera salido adelante con los 48 diputados del Partido Popular (PP), que había manifestado que iban a votar a favor, y los 17 diputados de Ciudadanos (C's) que eran quiénes habían presentado la Proposición no de ley. Sin embargo, la propuesta no salió adelante debido a que tres diputados del Partido Popular (PP) votaron en contra o no votaron abogando por su derecho a libertad de voto. Estos diputados fueron Luis Peral que votó en contra y Regina Pañiol y David Pérez que se levantaron de la sesión y no votaron la propuesta. En el Partido Socialista (PSOE), a pesar de haber diputados que solicitaron libertad de voto porque pensaban diferente a lo que había dicho su portavoz, en el momento de la votación de la propuesta votó en contra todos los diputados de esta fuerza política⁶⁶.

4.2. La proposición de ley presentada por Ciudadanos el 28 de junio de 2017

Después de la Proposición no de ley fallida, Ciudadanos (C's) ha seguido en el empeño de que se aprobara una Ley de Gestación por sustitución que regulara esta técnica de reproducción asistida y defienda los derechos de todos los sujetos participantes en el proceso.

Por eso, el 24 de junio de 2017, el líder de Ciudadanos (C's) en el Congreso, Albert Rivera, anunció que el día 27 de junio de 2017 presentaría en el Congreso una proposición de ley, durante un encuentro sobre nuevos tipos de familia en el mercado de San Antón, en el barrio de Chueca. Es la primera proposición de ley que se presenta y se va a basar en un sistema altruista y garantista.

Rivera adelantó que esta proposición de ley se sostenía sobre las siguientes líneas fundamentales: podrán acceder a esta técnica reproductiva los españoles o los residentes en España, las madres gestantes deberán ser mayores de 25 años y no podrán recibir remuneración, por tanto, será altruista. Además, considera que esta regulación es muy necesaria porque “los niños no pueden esperar en la puerta a la puerta de un registro civil” y “tampoco hay derecho a que una familia hipoteque su casa para ser padres o se tengan que ir al extranjero”. Aboga que el prohibicionismo no es la solución y pide que los demás partidos políticos “sean valientes, no pongan trabas y no cedan ante las presiones internas”. Por último, ha explicado que esta proposición de ley es el resultado de “meses trabajando con juristas y con derecho comparado sobre lo que se ha hecho en otros países como Canadá⁶⁷”.

⁶⁶ G. TRECEÑO, J., “Tres diputados dejan en evidencia el poder de Cristina Cifuentes en el PP de Madrid”, *EL MUNDO*, 2016, en <http://www.elmundo.es/madrid/2016/03/17/56eb00d446163f9d648b45b7.html> consultado 14 de Octubre de 2017 a las 10:11 horas.

⁶⁷ AGENCIA EFE, “Ciudadanos presentará el martes en el Congreso una ley de gestación subrogada “altruista y garantista””, *EL MUNDO*, 2017, en

4.2.1. Introducción. Estructura de la ley

El día 27 de junio de 2017 Ciudadanos (C's) presentó en la Mesa del Congreso de los Diputados la proposición de la Ley reguladora de la gestación por sustitución. Dicha proposición de Ley ha sido registrada y publicada en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el 8 de septiembre de 2017⁶⁸, cumpliendo lo establecido en el artículo 97 del Reglamento del Congreso de los Diputados⁶⁹. Pues bien, a continuación, vamos a analizar los aspectos más importantes de esta proposición de ley.

Esta proposición de ley está estructurada en los siguientes capítulos:

- Capítulo I (arts. 1-5) con la rúbrica “Disposiciones Generales”. Recoge el objeto y los principios rectores de la Ley, las definiciones, los requisitos de la gestación por sustitución y su naturaleza altruista.
- Capítulo II (arts. 6-9) con la rúbrica “Sujetos intervinientes y contrato de gestación por sustitución”. Regula los derechos y los requisitos de los titulares, los sujetos intervinientes en el proceso, el contenido del contrato de gestación y la forma de formalizarse.
- Capítulo III (arts. 10-14) con la rúbrica “Fecundación, parto y filiación”. Aborda la fecundación y el parto, así como la relación entre la madre gestante, los padres subrogantes y el menor incluyendo las situaciones de premoriencia de uno de los progenitores o fallecimiento de los progenitores subrogantes durante la fecundación.
- Capítulo IV (arts. 15-16) con la rúbrica “Registro Nacional de Gestación por Sustitución”. Regula la creación del Registro Nacional de Gestación por Sustitución adscrito al Registro de Donantes al igual que la inscripción en el mismo de las mujeres que quieran participar en la gestación por sustitución.
- Capítulo V (arts. 17-19) con la rúbrica “Centros y servicios sanitarios autorizados para llevar a cabo la gestación por sustitución”. Versa sobre las condiciones que deben reunir los centros y servicios sanitarios para llevar a cabo la gestación por sustitución.

<http://www.elmundo.es/espana/2017/06/24/594e36e322601db6258b45e9.html> consultado el 14 de octubre de 2017 a las 19:57 horas.

⁶⁸ BOCG. Congreso de los Diputados, serie B, núm. 145-1, de 8 de septiembre de 2017.

⁶⁹ BOE, núm. 55, de 5 de marzo de 1982.

- Capítulo VI (art. 20) con la rúbrica “Asesoramiento y orientación de la utilización de la gestación por sustitución”.
- Capítulo VII (arts. 21-27) con la rúbrica “Infracciones y sanciones”.

4.2.2. Disposiciones Generales

Además, esta proposición de ley está formada por una exposición de motivos en el que se desarrollan los motivos para la creación de esta ley y por una disposición derogatoria única y cuatro disposiciones finales.

Los objetivos que se persiguen con esta ley son los siguientes:

1. Se nos hace ver que la idea de libertad personal ha ido avanzando a lo largo del tiempo y que las instituciones no pueden obviar esta realidad o impedirla. De igual modo, tampoco se debe obviar que el concepto de familia ha evolucionado conformando nuevos núcleos de familia debido a las nuevas técnicas de reproducción asistida entre las que se encuentra la gestación por sustitución. Estas nuevas técnicas han permitido que las parejas que fueran estériles hayan podido llenar su anhelo de ser padres, pero además han permitido la prevención de enfermedades que antes eran imposibles de diagnosticar en los sujetos objeto de estas técnicas (Exposición de Motivos I).
2. Sin embargo, esta libertad personal que debe tener toda persona con el objetivo de que puedan cumplir la capacidad reproductiva que todos tenemos en el Estado español no se está consiguiendo. Es más, se ha coaccionado dicha libertad con el contenido del art. 10 LTRHA en el que se ha declarado nulo el contrato en el que una mujer renuncia a la filiación materna que le corresponde. Por tanto, en el ordenamiento jurídico español rige el principio de “*mater semper certa est*” determinando que la filiación de los niños nacidos por gestación por sustitución será la del momento del parto. Por tanto, se está produciendo una limitación de la libertad personal incumpliendo una de las exigencias básicas de un Estado democrático de Derecho como el nuestro que es ofrecer cauces para que se pueda hacer realidad la libertad de las personas. Dicho todo esto es evidente que se ha producido una evolución de la familia por lo que no parece lo más adecuado dar la espalda al progreso de la sociedad y a la realidad de dicha sociedad (Exposición de Motivos II).
3. La finalidad de esta ley es regular el derecho de gestación por sustitución que actualmente no está reconocido en el ordenamiento español. La propia ley lo define como “el derecho que les asiste a los progenitores subrogantes a gestar, por la intermediación de otra para constituir una familia, y a las gestantes subrogadas,

a facilitar la gestación a favor de los subrogantes todo ellos en condiciones de libertad, igualdad, dignidad y ausencia de lucro, expresivas de la más intensa solidaridad entre personas libres e iguales”. Por tanto, con esta regulación se pretende superar la situación originada en la Instrucción de 5 de octubre de 2010 en la que se considera válida la inscripción en el Registro Civil de niños nacidos mediante esta técnica fuera de nuestras fronteras y deja sin contenido el art. 10 LTRHA. Además, protege el derecho que tienen los menores a tener los mismos padres en todos los países tal como reconoce la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989. Con esta Instrucción se reconoce de facto la gestación por sustitución y no es un reconocimiento residual, sino que afecta a muchas familias españolas debido a que esta técnica de reproducción asistida se está extendiendo (Exposición de Motivos III).

4. La gestación por sustitución es un signo más de que la realidad social y la realidad familiar está cambiando y las instituciones se tienen que dar cuenta de este cambio. Por tanto, lo más garantista y lo más racional es regular esta nueva realidad y no cerrarse a la misma debiendo regular el hecho de la gestación subrogada y preservar los derechos de todas las personas que intervienen en el proceso y que sean acordes a preservar el interés superior del menor (Exposición de Motivos IV).

El objetivo de esta ley es regular el derecho a la gestación por sustitución (art. 1), anteriormente reflejado en este mismo epígrafe. Además, la regulación del derecho de gestación por sustitución se debe basar en los principios de dignidad, libertad, igualdad, protección integral de los hijos, iguales ante la Ley, de las mujeres, padres, madres y de los hijos, en los términos establecidos en la Ley (art. 2).

Es una ley muy específica y técnica tal como se puede reflejar en el art. 3 en el que se establecen una serie de definiciones importantes para entender el desarrollo de la ley. Estas definiciones son las siguientes:

- Gestación por subrogación: gestación que se lleva a cabo cuando una mujer acepta ser la gestante mediante cualquiera de las técnicas de reproducción aceptadas por la ley y dar a luz al hijo o los hijos de otra persona o personas, los padres subrogantes.
- Mujer gestante por subrogación: mujer que, sin adoptar material genético propio, asiste y acepta, mediante contrato de subrogación, someterse a técnicas de reproducción humana asistida con el fin de dar a luz al hijo o los hijos del progenitor o progenitores subrogantes, sin que en ningún momento exista un vínculo de filiación entre la mujer gestante y el niño o los niños que puedan nacer.

- Progenitor o progenitores subrogantes: persona o personas que acceden a la paternidad o maternidad mediante la gestación por sustitución, aportando su propio material genético.
- Contrato de gestación por sustitución: documento público en el que una pareja, del mismo o diferente sexo y una mujer acuerdan que ésta será la gestante por subrogación, en los términos establecidos en la ley.

Los requisitos para que se dé la gestación por sustitución son los siguientes (art. 4):

- La gestación por sustitución sólo se realizará cuando haya posibilidades de éxito, no supongan un riesgo para la salud, psíquica o física de la madre ni puede afectar a su posterior descendencia, y previa aceptación por parte de la mujer teniendo que haber sido informada con anterioridad y de manera debida de los riesgos que implica esta técnica reproductiva y las condiciones de la misma.
- El progenitor o los progenitores deben haber agotado o ser incompatibles con todos los medios de reproducción asistida que existen actualmente.
- La mujer gestante no puede tener una relación de consanguinidad con el o los progenitores subrogantes.
- Las técnicas de reproducción asistida que sean necesarias se llevarán a cabo cumpliendo lo previsto en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, de Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

Por último, se regula uno de los caracteres más fundamentales de esta ley y es que el sistema de gestación por sustitución tendría una naturaleza altruista, es decir que la mujer gestante no podrá recibir una remuneración económica por llevar a cabo esta técnica reproductiva para dar a luz al hijo o los hijos del progenitor o progenitores subrogantes (art. 5.1). Sin embargo, en este mismo precepto se establece que la mujer gestante podrá recibir una compensación resarcitoria por parte de los progenitores gestantes a beneficio de la mujer gestante (art. 5.3). La compensación resarcitoria consistirá en cubrir los gastos estrictamente derivados de las molestias físicas, los de desplazamiento y los laborales, y el lucro cesante inherentes a la gestación (art. 5.2 a)), y proporcionar a la mujer las condiciones óptimas durante los estudios y tratamiento pre-gestacional, la gestación y el post-parto (art. 5.2 b)).

Además, la madre gestante será beneficiaria de un seguro que deberá tomar a su cargo el progenitor o los progenitores subrogantes, cuyas protecciones serán contra las

contingencias que puedan originarse tras los tratamientos de las técnicas de reproducción asistida y en caso de fallecimiento, invalidez o secuelas físicas (art. 5.5).

4.2.3. Sujetos Intervinientes y contrato de gestación por sustitución

Los derechos de la mujer gestante son que tiene derecho a gestar sin aportar su material genético, mediante un contrato de gestación por sustitución con el objetivo de concebir el hijo o los hijos del progenitor o los progenitores subrogantes (art. 6).

Los requisitos que debe cumplir la mujer gestante son los siguientes (art. 7.1):

- Debe ser mayor de 25 años y menor de la edad que se considere en función de las condiciones psicofísicas para poder concebir un hijo.
- Plena capacidad jurídica y de obrar.
- Buena salud psicofísica respecto de las exigencias fijadas a los donantes de acuerdo a lo establecido en el art. 5.6 LTRHA.
- Buen estado de salud mental y no haber sufrido episodios de depresión o desórdenes psíquicos.
- Haber gestado, con anterioridad, al menos un hijo sano.
- Disponer de una situación socio-económica como familiar para poder abordar la gestación en condiciones óptimas de salud, bienestar y seguridad.
- Poseer la nacionalidad española o residir en territorio español.
- No tener antecedentes penales.
- No tener antecedentes de abuso de consumo de drogas o alcohol.
- No haber sido mujer gestante por subrogación en más de una ocasión con anterioridad

La mujer gestante debe estar dispuesta a someterse a todo tipo de evaluaciones médicas y psicológicas y debe facilitar su historial médico, así como la información económica necesaria para verificar el cumplimiento de los requisitos exigidos (art. 7.3). Los exámenes requeridos para corroborar el cumplimiento de los requisitos se elaborarán en los centros sanitarios habilitados por las Comunidades Autónomas, paso previo para inscribirse en el Registro Nacional de Gestación por Sustitución. En el caso de que el resultado del examen sea negativo no se podrá inscribir en el registro y no podrá acceder

a la gestación por sustitución (art. 7.4). Si se cumplen los requisitos se deberán cumplir como mínimo con un mes de antelación a la celebración del contrato de gestación, corroborado mediante certificación emitida por el Registro Nacional de la Gestación por Sustitución (art. 7.5).

La mujer gestante tiene la obligación de mantener una buena salud tanto física como psíquica y una situación socio-económica adecuada y no cometer delitos durante el tratamiento. En el caso de que cualquiera de estas situaciones se modifique deberá ponerlo en conocimiento del Registro Nacional de Gestación por Sustitución y de los padres subrogantes (art. 7.2).

Los requisitos del progenitor o de los progenitores subrogantes son tener plena capacidad jurídica y de obrar, ser mayor de 25 años y menor de 45 años, tener la nacionalidad española o residir de manera legal en territorio español y acreditar que tiene la capacidad, actitud y motivación adecuadas para ejercer la responsabilidad parental asociada a la familia (art. 8.2). En el caso de que se trate de parejas deben estar unidas por un vínculo matrimonial o una relación análoga (art. 8.3). Tanto la acreditación de que cumple todos los requisitos como su inscripción en el Registro se deben desarrollar de manera reglamentaria (art. 8.4).

El contrato de gestación por sustitución se debe firmar por la mujer gestante y los padres subrogantes ante Notario antes de que se inicie el tratamiento y deberá tener una forma accesible y comprensible para ambas partes (art. 9.1).

El contenido mínimo del contrato de gestación es el siguiente (art. 9.2):

- Identidad de las partes intervinientes.
- Consentimiento informado, libre, expreso e irrevocable de las partes intervinientes.
- Los conceptos por los que la mujer gestante recibe una compensación resarcitoria.
- Técnicas de reproducción humana asistida que se emplearán.
- Informe sobre el seguro a favor de la mujer gestante.
- Forma, modo y responsables médicos que supervisarán la gestación por sustitución.
- Lugar del parto y previsiones de la forma en que los progenitores se harán cargo del hijo o hijos.
- Designación de tutor, cumpliendo lo establecido en el art. 223 del Código Civil.

El contrato obligatoriamente debe llevar un anexo incorporado que es el documento expedido por el Registro Nacional de la Gestación por Sustitución en el que se establezca que la madre gestante está inscrita desde hace como mínimo un mes ya que ha pasado todas las pruebas médicas y psicológicas necesarias. Además, de acuerdo a lo

que regule el futuro Reglamento, se deberá incorporar la certificación de que están inscritos los padres subrogantes en el Registro debido a que cumplen todos los requisitos para su inscripción (art. 9.3).

El contrato que sea validado será objeto de inscripción en el Registro Nacional de la Gestación por Sustitución, en los términos que establezca el Reglamento (art. 9.4). El modelo de contrato de gestación tendrá que ser aprobado por el Ministerio de Justicia y Sanidad (art. 9.5). No es posible la celebración de un contrato de gestación cuando exista una relación de subordinación económica entre la mujer gestante y los progenitores subrogantes.

4.2.4. Fecundación, parto y filiación

Una vez firmado el contrato de gestación se realizará la transferencia económica a la mujer gestante de acuerdo al sistema establecido en la LTRHA y todos los intervinientes en el mismo verán preservados sus derechos de acuerdo a lo estipulado en dicha ley (art. 10.1).

Los padres se harán cargo del niño o niños nacidos por gestación por sustitución desde su nacimiento (art. 10.2). La filiación de estos menores se va a determinar por las leyes civiles, salvo lo regulado por esta ley (art. 11.1). No se establecerá ningún tipo de relación de filiación entre la mujer gestante y el niño o los niños que puedan nacer (art. 11.2) y en el momento de la inscripción en el Registro Civil no aparecerá ningún dato de la mujer gestante (art. 11.3). En caso de pareja, el miembro de la misma que no haya aportado el material genético puede determinar que consiente que se determina su filiación a favor del niño o de los niños nacidos (art. 11.4).

Firmado el contrato de gestación e iniciada la transferencia embrionaria no se podrá impugnar la filiación o renunciar a los hijos nacidos por esta técnica (art. 12.1). Los padres subrogantes serán los que deberán promover la inscripción en el Registro Civil, debiendo aportar copia autenticada del contrato de gestación (art. 12.2).

La determinación de la filiación no será posible determinarla entre el hijo nacido por esta técnica y el progenitor subrogante que haya fallecido con anterioridad al nacimiento, salvo que en el momento de su fallecimiento ya se hubiera producido la transferencia embrionaria (art. 13.1). De todas formas, el material genético del progenitor fallecido se podrá utilizar hasta 12 meses después de su fallecimiento en el caso de que hubiera dado consentimiento en el contrato de gestación y hubiera aportado su material genético. El consentimiento puede ser revocado en cualquier momento (art. 13.2). En el supuesto de fallecimiento de ambos progenitores el contrato de gestación sigue vigente debiendo

promover la inscripción en el Registro Civil los sujetos determinados en el art. 45 Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (art. 14).⁷⁰

4.2.5. Registro Nacional de la gestación por sustitución y centros sanitarios autorizados

El Registro Nacional de la Gestación por Sustitución estará adscrito al Registro Nacional de Donantes siendo un registro administrativo en el que se inscribirán las mujeres gestantes que cumplan los requisitos y los padres subrogantes, de acuerdo a la norma reglamentaria que lo acabe regulando (art 15.1). También se van a inscribir todos los contratos de gestación por sustitución que se formalicen (art. 15.2). Su regulación y funcionamiento se deberá regular por el Gobierno (art. 15.3).

Por su parte, la inscripción de la mujer gestante debe cumplir los requisitos del art. 6 de esta ley y su inscripción tiene una caducidad de 1 año, momento en el que debe renovarse la certificación expedida por los centros habilitados (art. 16.3). Los padres subrogantes se podrán dirigir al Registro, en los términos que se establezcan reglamentariamente, para poder encontrar a la mujer gestante idónea para realizar la gestación por sustitución, previa autorización expresa de ésta (art. 16.4).

Todos aquellos centros en los que se realice la gestación por sustitución tendrán la consideración de centros y servicios sanitarios. Su actuación se regirá por la regulación estatal y autonómica que les resulte de aplicación y en caso, de la gestación por subrogación se concederá un certificado singular por la autoridad sanitaria competente (art. 17). Todos los centros y técnicas que se utilicen para desarrollar la gestación por sustitución cumplirán lo previsto en la LTRHA (art. 18). Los centros o servicios que desarrollen esta actividad se deberán inscribir en los registros mencionados en la LTRHA y sobre todo en el de actividades (art. 19). La Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida será la encargada de asesorar, orientar e informar sobre el ejercicio de este derecho y de otras técnicas complementarias y de los centros sanitarios autorizados para llevar a cabo estas prácticas (art. 20).

4.2.6. Infracciones y sanciones

Las infracciones que se llevan a cabo sobre el derecho a la gestación por sustitución supondrán sanciones administrativas, en su caso, y tras la tramitación del oportuno expediente administrativo, sin perjuicio de las posibles responsabilidades civiles, penales o de cualquier otro tipo a que hubiere lugar (art. 22.1). En el caso de que se considere que la infracción puede ser constitutiva de delito leve, el órgano que conozca el expediente administrativo lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal y se abstendrá de seguir el procedimiento sancionador hasta que no se haya pronunciado. Si

⁷⁰ BOE, núm. 175, de 22 de julio de 2011

existe una sanción penal se excluye la posible sanción administrativa. Si no se considere que existe delito continuará la tramitación teniendo en cuenta los hechos considerados como probados por los tribunales. No se pueden imponer dos sanciones por el mismo hecho, pero sí es posible que se impongan más de una sanción por los hechos derivados de la situación que provoca la infracción principal (art. 22.2).

En los procedimientos administrativos consistentes en infracciones graves o muy graves se podrán adoptar las medidas cautelares que se consideren necesarias para asegurar la eficacia de la resolución que finalmente se dicte (art. 23.1). En los casos de urgencia y para la protección de los intereses implicados se podrán acordar con anterioridad al inicio del expediente sancionador. Estas medidas deben ser confirmadas, modificadas o levantadas en el acuerdo de iniciación del procedimiento, dentro de los 15 días posteriores a su adopción (art. 23.2).

En cuanto a la graduación de las infracciones del derecho de gestación por subrogación, éstas podrán ser leves, graves o muy graves (art. 24.1).

Las infracciones leves (art. 24.2 a)) serán las que supongan el incumplimiento de cualquier obligación o prohibición especificada en la Ley siempre que no esté calificada como infracción grave o muy grave.

Las infracciones graves (art. 24.2 b)) previstas son las siguientes:

- La realización del proceso de gestación por sustitución cuando suponga un riesgo grave para la salud, física o psíquica de la mujer gestante, o para su descendencia.
- La participación de manera negligente de la mujer gestante en el proceso de gestación por sustitución cuando incumpla los requisitos establecidos en el art. 7.
- La participación de manera negligente de los padres subrogantes en el proceso de gestación por sustitución cuando incumplan los requisitos establecidos en el art. 8.

Las infracciones previstas como muy graves (art. 24.3 c)) son las siguientes, además de las consideradas infracciones graves:

- La realización de técnicas de reproducción humana asistida en centros que no estén homologados.
- La realización del proceso de gestación sin la firma del contrato de gestación incumpliendo el art. 9.

- La realización del proceso de gestación cuando los progenitores subrogantes no hayan agotado todas las técnicas de reproducción humana asistida o no sean incompatibles.
- La realización del proceso de gestación cuando la mujer gestante tenga vínculos de consanguinidad con los progenitores subrogantes o aporte su material genético.
- El pago de una cantidad de dinero o en especie que contravenga la naturaleza altruista del art. 5.
- El incumplimiento por parte de los progenitores subrogantes de hacerse cargo del hijo o de los hijos nacidos desde el momento del parto.
- El incumplimiento por parte de los responsables de los centros sanitarios de las actividades conducentes a la gestación por sustitución sin ajustarse a las reglas establecidas.

Las infracciones leves tendrán una sanción de hasta 1.000 euros, las infracciones graves desde 1.001 euros hasta 10.000 euros y las infracciones muy graves desde 10.001 euros hasta un millón de euros (art. 25.1). Cuando la cuantía de la infracción sea menor al beneficio obtenido la sanción se aumentará hasta el doble del importe en el que se haya beneficiado el infractor (art. 25.3).

El responsable de estas infracciones será el autor de la misma (art. 26.1). Cuando la comisión de la infracción se cometa por varias personas la responsabilidad será solidaria entre todos ellos respondiendo de esta forma de las sanciones e infracciones que se les interpongan (art. 26.2). Los directores de los centros sanitarios en los que se practique estas técnicas serán responsables solidarios de las infracciones cometidas por los equipos biomédicos dependientes (art. 26.3).

Las infracciones muy graves prescriben a los 3 años, las infracciones graves a los 2 años y las infracciones leves a los 6 meses. Mientras las sanciones impuestas por faltas muy graves prescriben a los 3 años, las sanciones impuestas por faltas graves a los 2 años y las sanciones impuestas por faltas leves al año (art. 27).

Con la creación de esta ley se deroga el art. 10 LTRHA (Disposición Derogatoria Única).

Se modifican la ley del Registro Civil, el Estatuto de los Trabajadores y la LTRHA. En el plazo de 6 meses el Gobierno elaborará una ley de adaptación de este nuevo sistema al Código Civil, Registro Civil y al Estatuto de los Trabajadores,

incluyendo un régimen de maternidad y paternidad y de la LTRHA (DA 1ª).

5. DERECHO COMPARADO DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

Debido a que la gestación por sustitución no se encuentra regulada en España la mayoría de las parejas españolas que tienen el anhelo de ser padres por esta técnica tienen que acudir al extranjero.

Por ello, en este epígrafe vamos a analizar las diferentes regulaciones que tiene la gestación por sustitución alrededor del mundo. Existen tres formas de regular esta técnica reproductiva: en algunos países se reconoce para los ciudadanos extranjeros, en otros países se reconoce únicamente para los ciudadanos nacionales y en otros existe un vacío legal porque no está regulada ni prohibida la gestación por sustitución.

5.1. Países en los que se reconoce la gestación por sustitución a los españoles

5.1.1. Estados Unidos

Vamos a analizar, en primer lugar, el caso de los Estados Unidos, el país con más experiencia en la llamada gestación por sustitución. Es más, la Instrucción de la Dirección General del Registro y del Notario reconoce que sólo se admite la gestación por subrogación en España mediante sentencia de filiación del Estado de California. Esto demuestra la seguridad que da el sistema americano al resto de países de su entorno.

En lo que respecta a la ley que regula la gestación por sustitución en Estados Unidos debemos afirmar que no existe una ley única, sino que será cada Estado la que establezca sus propias restricciones y condiciones. Por eso, existen Estados que reconocen la gestación por sustitución mientras que existen otros que prohíben esta técnica. Lo que está unificado en todos los Estados es la forma de gestación por sustitución. En Estados Unidos se opta por la subrogación gestacional, es decir, aquella en la que los padres intencionales aportan el material genético encargándose la gestante únicamente de dar a luz al bebé.

5.1.1.1. Estados donde se permite

Existen una gran cantidad de Estados que permiten la práctica de esta técnica, bien porque se regula mediante una ley o porque se permite por la jurisprudencia. Sin embargo, las condiciones en cada uno de estos Estados son diferentes porque en algunos sólo se admite la subrogación altruista mientras que en otros se admite también la gestación comercial.

La manera de determinar la gestación por sustitución se hace en una doble dirección, es decir, la gestante es la que debe elegir a los padres intencionales y una vez realizada esa elección serán los padres intencionales los que deberán aceptar a la gestante. En el caso de que el proceso no se realice de esta manera no se podrá llevar a cabo la gestación por sustitución⁷¹.

Los estados en los que se reconoce la gestación por sustitución para todos los modelos de familia incluidos las familias monoparentales y las parejas homosexuales son los siguientes:

- Arkansas. Su regulación se basa en un Estatuto en el que se consideran válidos todos los contratos de gestación.
- California. Es el destino estrella para los españoles y además, la sentencia de filiación se reconoce de manera directa por el Estado español lo que hace más sencilla la inscripción del menor en España.
- Delaware. Su regulación se basa en una ley en la que se permite la subrogación gestacional.
- Florida. Se permite la subrogación tradicional, entendida como una especie de adopción que ha sido previamente apalabrada, y la subrogación gestacional.
- Illinois. La legislación de este Estado establece cómo se ha de actuar tanto en el momento de la redacción del contrato de gestación como en el momento de otorgar a los padres intencionales el certificado de nacimiento.
- Nevada. Se permite a todo tipo de familias.
- New Hampshire. Se permite a todo tipo de familias.

1. Especial referencia a la legislación en California⁷²

Es el Estado más visitado por extranjeros para realizar esta técnica reproductiva. Se reconoce su práctica desde el año 1993 debido al caso de Calvert contra Johnson. Por tanto, el inicio de la regulación de la gestación por sustitución en este Estado se produce por medio de la jurisprudencia. En la actualidad, no existe una ley que regula esta situación, sino que se basa en lo estipulado por la jurisprudencia.

⁷¹ FERNÁNDEZ, S., “Gestación subrogada en Estados Unidos: precio, legislación y requisitos”, *Babygest*, 2017, en <https://www.babygest.es/estados-unidos/> consultado 20 de Agosto de 2017 a las 14:02 horas.

⁷² Este epígrafe está basado en el la información aportada en SALGADO, S., “La gestación subrogada en California: el destino más demandado de USA”, *Babygest*, 2016, en <https://www.babygest.es/gestacion-subrogada-en-california/> consultado el 22 de agosto de 2017 a las 10:43 horas.

Pues bien, debido a la amplia jurisprudencia que existe sobre gestación por subrogación los jueces de California en los juicios sobre filiación siempre acostumbran fallar en favor de los padres intencionales.

Como he señalado anteriormente, esta jurisprudencia se crea a partir del caso Calvert contra Johnson. La gestante, la señora Johnson solicita la maternidad del bebé por haber cuidado de él durante los nueve meses que ha durado el embarazo. Sin embargo, el Juez Parslow, del Condado de Orange otorgó la custodia del bebé a los padres intencionales, los Calvert.

La señora Johnson argumentó que, aunque el óvulo que permitió la concepción del niño no era suyo durante los nueve meses que había durado el embarazo se había unido a él por lo que solicitaba compartir la paternidad con los padres intencionales. El Juez Parslow falla que esa situación no sería beneficiosa para el niño teniendo que velar en sus funciones por el interés superior del menor, por lo que lo más adecuado sería que la paternidad correspondiera al matrimonio Calvert.

El Juez Parslow ante la situación creada por este asunto remite a la Asamblea Legislativa una proposición de pautas a seguir en la gestación por sustitución. Estas pautas se basan en una evaluación psicológica de todos los intervinientes, la experiencia de la gestante durante el embarazo y el parto y sólo se debe acudir a la gestación subrogada en el caso de que la futura madre no sea capaz de dar a luz.

A pesar de que se dieron estas indicaciones alguna de ellos no se sigue en la actualidad en California. Por ejemplo, no se considera necesario que la madre demuestre que es incapaz para dar a luz sino que es suficiente con que se le realicen evaluaciones psicológicas y la madre gestante debe haber sido madre natural con anterioridad al proceso. Se permite, por otro lado, que la futura madre no sea la que aporte el material genético.

Por tanto, debido a toda esta regulación California es uno de los destinos preferidos para llevar a cabo la gestación por sustitución. En este Estado se permite el acceso a la gestación por sustitución siendo indiferente su estado civil o su condición sexual lo que provoca que muchos de los hombres solteros o las parejas homosexuales elijan este destino. Además, se permite que se aporte material genético del donante ya que como hemos expuesto con anterioridad la paternidad legal se establece por la intencionalidad de procreación. Por último, también es ventajoso debido a que la filiación se establece por sentencia judicial denominada *prebirth order*, en la que se atribuye la maternidad a los futuros padres antes de que el bebé gestado por esta técnica reproductiva

nazca y asegurando que la madre gestante y su marido no tienen ningún derecho sobre ese bebé⁷³.

Esta sentencia judicial es uno de los métodos aceptados en España para poder inscribir a los hijos nacidos por esta técnica. Para ello, es necesario presentar en el Consulado español de California la sentencia judicial de filiación y el certificado de nacimiento.

2. Especial referencia a la legislación en Florida⁷⁴

En este Estado también se permite la gestación por sustitución, pero de una manera más restrictiva que en California. Se permite tanto la gestación subrogada tradicional como la gestación subrogada gestacional, que es la más común.

Al igual que ocurre en California pueden acceder a la gestación por sustitución todos los modelos de familia, aunque si no existe matrimonio entre los solicitantes la atribución de la filiación será diferente. En el caso de que acudiera una pareja española sería necesario que estén casados siendo indiferente la orientación sexual de la pareja. En el caso de que se trate de una pareja heterosexual es necesario que la madre intencional demuestre que no puede concebir ya que tenga incapacidad para llevar a término la gestación o que la gestación ponga en peligro la vida de la mujer o la gestación supusiera un riesgo para el feto.

El contrato de gestación debe estar formado por las siguientes cláusulas:

- a. La gestante es la única que puede decidir sobre la clínica y sobre el desarrollo del embarazo.
- b. La gestante debe aceptar recibir asesoramiento médico tanto para el tratamiento prenatal como para consejos prenatales.
- c. La gestante renuncia a todos los derechos que pudiera tener sobre el bebé después del nacimiento.
- d. Los padres intencionales aceptan la custodia del bebé tras el nacimiento independientemente de si el bebé nace con malformaciones o discapacidad.

⁷³ SALGADO, S., “La gestación subrogada en California...”, op. cit..

⁷⁴ Este epígrafe está basado en la información aportada en SALGADO, S., “La gestación subrogada en Florida”, *Babygest*, 2017, en <https://www.babygest.es/gestacion-subrogada-en-florida/> consultado el 30 de Agosto de 2017 a las 20:21 horas.

- e. La gestante acepta asumir los derechos sobre el niño en el caso de que ninguno de los padres intencionales quiera hacerse cargo del bebé.

La Ley de Florida establece que no se debe pagar a la madre gestante un precio por llevar a cabo el embarazo, sino que se deben pagar los gastos relativos al embarazo, al parto y al post-parto.

En lo que respecta a la filiación, a diferencia de lo que ocurre en California, la filiación se obtiene por los padres intencionales con posterioridad al nacimiento de bebé gestado por esta técnica reproductiva. En el caso de que ninguno de los padres intencionales haya aportado material genético deberán tramitar una adopción planificada, es decir, deben contar con la renuncia de la madre gestante. Para que a los padres intencionales homosexuales vean reconocida legalmente su paternidad es necesario modificar el certificado de nacimiento original obteniendo el certificado modificado unos 3 días después del nacimiento del bebé. Una vez obtenido el certificado del nacimiento, esté o no modificado, el juez dictará sentencia sobre la filiación en un plazo de 3-5 días posteriores al nacimiento del bebé. Esta sentencia es válida en España lo que facilitará la inscripción del menor en el Registro Civil mediante el Consulado correspondiente⁷⁵.

3. Especial referencia a la legislación en Illinois⁷⁶

Al igual que en Florida y California se permite la gestación por sustitución en este Estado. La gestación por subrogación en Illinois se regula mediante una ley aprobada en el año 2005 y su objetivo es agilizar y facilitar el proceso de gestación. Anteriormente, se había regulado la gestación por sustitución por medio de la jurisprudencia. Se permite únicamente la gestación subrogada gestacional por lo que la carga genética del bebé debe venir de los padres intencionales o de donantes. En este caso, la madre gestante no puede ser a la vez donante.

De acuerdo a lo establecido en la Sección 12 de la Ley de Registros Civiles, Sección 6 de la Ley de Paternidad de Illinois de 1984 y la Ley de Gestación Subrogada la filiación del bebé se determinará con posterioridad a su nacimiento. En el certificado de nacimiento del bebé aparecerán únicamente los nombres de los padres intencionales.

En lo que respecta a los padres intencionales no es necesario que residan en Illinois y tampoco que estén casados. Por tanto, las parejas españolas que quieran acudir a esta vía pueden acudir a este Estado. Además, deben demostrar las razones médicas que les

⁷⁵ SALGADO, S., "La gestación subrogada en...", op. cit..

⁷⁶ Este epígrafe está basado en el la información aportada en RODRIGO, A., "La gestación subrogada en Illinois", *Babygest*, 2016, en <https://www.babygest.es/gestacion-subrogada-en-illinois/> consultado el 5 de Septiembre de 2017 a las 11:53 horas.

impiden poder gestar y acudir a esta técnica reproductiva. También deben pasar una prueba médica y psicológica.

En lo que respecta a la madre gestante es necesario que sea mayor de 21 años y que y haya sido madre de al menos un hijo. Además, se le someterá a una prueba médica y psicológica al igual que a los padres intencionales. Debe tener un seguro de salud que cubra los gastos médicos y la hospitalización. No es necesario que resida en el Estado de Illinois.

Otras condiciones que se deben tener en cuenta son las siguientes⁷⁷:

- a. Uno de los padres intencionales debe aportar su material genético.
- b. La madre gestante y su marido deben firmar un consentimiento informado en el que se establece la filiación. El médico de Illinois que intervenga en el proceso debe firmar también un consentimiento informado.

Los abogados de los padres intencionales y de la madre gestante también deben firmar un consentimiento.

Todos estos consentimientos deben estar firmados antes del nacimiento del bebé y deben seguir el modelo prescrito por el Departamento de Salud Pública de Illinois (IDPH).

Los originales de todos estos consentimientos se deben entregar al director de registros médicos del hospital donde va a tener lugar el nacimiento del bebé.

- c. Si el nacimiento fuera en un hospital distinto al planificado se debe poner en conocimiento de la persona encargada de elaborar el certificado de nacimiento.

5.1.1.2. Estados donde está permitida, pero con restricciones⁷⁸

Existen Estados en los que se permite la gestación por sustitución, pero cuya regulación puede conducir a ciertas complicaciones.

Estos Estados son los siguientes:

- Tennessee. Sólo es posible la gestación por sustitución cuando los gametos son aportados por los dos padres intencionales.

⁷⁷ RODRIGO, A., "La gestación subrogada...", op.cit.,

⁷⁸ FERNÁNDEZ, S., "Gestación subrogada en Estados Unidos...", op.cit.,

- Texas. Es necesario que exista una aprobación legal del contrato de subrogación antes de que se inicie el tratamiento, aunque es un destino peligroso debido a que su regulación es ambigua.
- Utah. Sólo está permitida la gestación subrogada tradicional y el donante de semen no puede ser el marido de la madre gestante. Es necesario que los padres intencionales estén casados y uno de ellos aporte el material genético.
- Vermont. Es uno de los pocos en los que se concede un *post-birth order*. Se concede cuando uno de los padres intencionales haya aportado el material genético.
- Virginia. Su regulación es compleja. En el caso de que se consiga el certificado de nacimiento es necesario presentar previamente una alegación.
- Washington. Sólo es posible la versión altruista y si se lleva a cabo el pago a la madre gestante está tipificado como un delito menor.

5.1.1.3. Estados donde está prohibida⁷⁹

Existen Estados en los que no es posible llevar a cabo la gestación por sustitución e incluso alguno de ellos lo consideran un delito penal estando castigado con penas de multa y de prisión, como es el caso de Arizona, Michigan y Nueva York. En otros Estados se considera nulo el contrato de subrogación como puede ser Indiana, Kansas, Luisiana y Nebraska.

5.1.1.4. Nacionalidad y filiación del bebé⁸⁰

Todos los niños que nazcan en los Estados Unidos pueden obtener la nacionalidad norteamericana de pleno derecho, aunque los padres sean de otra nacionalidad. Y también obtendrán la nacionalidad española por ser hijos de padres españoles.

Para llevar a cabo una filiación adecuada se debe tener en cuenta dos elementos: la *pre-birth order* y la *post-birth order*. Con estos dos instrumentos jurídicos se quiere garantizar a los padres de intención que serán los que figuren como los padres legales del bebé y eliminar cualquier derecho u obligación parental por parte de la gestante y su marido respecto al bebé.

Debemos aclarar el término *birth-order*. Es una orden de nacimiento que consiste en un documento legal por el cual queda determinada la paternidad del bebé.

⁷⁹ FERNÁNDEZ, S., “Gestación subrogada en Estados Unidos...”, op.cit.,

⁸⁰ FERNÁNDEZ, S., “Gestación subrogada en Estados Unidos...”, op.cit.,

Por lo general la tramitación de la orden de nacimiento se suele iniciar en el cuarto mes de embarazo y la firma se suele producir en torno al séptimo mes, si bien cabe la posibilidad de realizarlo tras el nacimiento, hecho lo cual, se podrá iniciar el procedimiento. En aquellos Estados en los que exista la posibilidad de *pre-birth orders* aunque se haya validado con anterioridad al nacimiento del bebé la misma no tendrá efectos hasta después del nacimiento.

5.1.2. Canadá⁸¹

En Canadá está permitida la gestación por sustitución, pero con una condición esencial: se debe basar en una relación altruista. Este término significa que la madre gestante no puede recibir una compensación económica por gestar al bebé por parte de los padres intencionales que se deberán hacer cargo únicamente de los gastos generados por el embarazo a la madre gestante, tales como los relacionados con medicación durante el embarazo o la ropa premamá.

Los padres intencionales se deberán hacer cargo también de los gastos ocasionados si llegado el caso la madre gestante tiene que guardar reposo y causar baja en su trabajo. Sin embargo, dicha contribución tiene un límite económico, y es que la satisfacción de dichos gastos no podrá superar los 22.000 dólares canadienses.

La ley canadiense permite que en su territorio se practique la gestación por sustitución tanto a ciudadanos canadienses como a extranjeros y dicha técnica reproductiva está permitida a todos los tipos de familias tanto a las parejas heterosexuales y homosexuales, estén o no casados como a los hombres y mujeres que deciden ser padres o madres en solitario.

Al igual que ocurre en los Estados Unidos para determinar la filiación del bebé en favor de los padres intencionales es necesaria una sentencia judicial. Con esta sentencia el bebé tendrá acceso tanto a la nacionalidad canadiense como a la nacionalidad española.

En la ley canadiense se establece que está totalmente prohibida la gestación por sustitución remunerada, tal como hemos especificado con anterioridad, de modo que, el simple ofrecimiento de una compensación económica está tipificado como conducta delictiva. Tampoco es posible que una persona actúe como intermediario para que tanto los padres intencionales como la madre gestante lleguen a un acuerdo para llevar a cabo la gestación por sustitución y mucho menos recibir remuneración económica por realizar esta función.

⁸¹ RODRIGO, A., "Gestación subrogada en Canadá: legislación y precio", *Babygest*, 2017, en <https://www.babygest.es/canada/> consultado 10 de Septiembre de 2017 a las 15:57 horas.

La edad mínima para poder ser madre gestante es de 21 años. La ley canadiense prohíbe que alguien incite a una mujer a ser madre gestante o a someterse a un procedimiento médico para comprobar si podría ser apta para ser madre gestante teniendo conocimiento de que esa mujer es menor de 21 años.

5.1.3. Rusia⁸²

Es uno de los países en los que se permite la gestación por sustitución, tanto para parejas heterosexuales como para mujeres solteras.

Todo el sistema de gestación por sustitución se regula en la ley federal “Sobre las bases de protección de la salud de los ciudadanos de la Federación de Rusia”, publicada en enero de 2012.

En esta ley se establecen los requisitos que los padres de intención extranjeros deben de cumplir para poder acceder a esta técnica reproductiva. Estos requisitos son los siguientes:

- a. Únicamente pueden acceder parejas heterosexuales y madres solteras prohibiendo expresamente el acceso a este método de las parejas del mismo sexo.
- b. Sólo se practica la gestación subrogada gestacional, es decir, el material genético procede directamente de los padres intencionales o de algún donante.
- c. La madre gestante debe tener incapacidad médica para poder gestar.
- d. En el caso de las madres solteras es necesario que aporten su material genético para que se pueda llevar a cabo la gestación por sustitución.

El Decreto del Ministerio de Justicia de la Federación de Rusia establece los requisitos para que puedan desempeñar su función, disponiendo que tanto la madre gestante como los padres intencionales se deben hacer una serie de pruebas. Se limita la edad de las madres gestantes debiendo ser mujeres cuya edad comprenda entre los 20 y los 35 años de edad, ser madre de un hijo propio que esté sano y encontrarse en perfecto estado de salud tanto desde el punto de vista físico como psicológico. Por último, en el caso de que la madre gestante esté casada es necesario el consentimiento del marido para que pueda practicar esta técnica reproductiva.

En lo que respecta al registro del menor nacido por esta técnica debemos acudir a lo que estipula la ley federal rusa. Para la inscripción del menor es necesaria la renuncia

⁸² SALVADOR, Z., “Gestación subrogada en Rusia: legislación precio y filiación”, *Babygest*, 2017, en <https://www.babygest.es/rusia/> consultado 12 de Septiembre de 2017

por parte de la madre gestante de todos sus derechos respecto del nacido para que en el certificado de nacimiento del menor se puedan poner los apellidos de los padres intencionales (art. 51).

Desde el momento en que los apellidos de los padres intencionales aparezcan en el certificado de nacimiento la madre gestante no puede reclamar la paternidad siendo los padres de intención los padres legales (art. 52).

En último lugar, será necesario un documento expedido por la institución médica en el que conste que la madre gestante da su consentimiento para que se registre al menor por parte de los padres de intención. Este último trámite se reconoce en la ley “Sobre estado civil”.

Una vez obtenido el certificado de nacimiento en el que consten los apellidos de los padres intencionales y el documento expedido por la institución médica en el que conste el consentimiento de la madre gestante se puede llevar a cabo el registro del menor en la Oficina del Registro Civil ruso.

Para poder inscribir al menor nacido por esta técnica en el Consulado español son necesarios los siguientes documentos: el certificado de nacimiento en el que aparezca el nombre de la madre gestante y el del padre de intención, así como la renuncia de la gestante transfiriendo los derechos del menor al padre de intención. Por tanto, el menor puede ser inscrito únicamente como hijo del padre de intención. Entonces, la madre de intención lo único que podrá hacer para ser la madre legal es iniciar el procedimiento de adopción del bebé de su pareja y en el momento que se conceda la adopción se llevará a cabo el cambio en el Registro pasando a ser la madre legal del menor.

Pero el problema se agrava para el caso de las madres solteras. Al no tener una pareja masculina no pueden optar por la solución de adoptar al bebé de su pareja. Por tanto, la filiación en estos casos se complica sobremanera.

5.1.4. Ucrania⁸³

En este país también está permitida la gestación por sustitución siempre que se cumplan los requisitos contenidos en la ley ucraniana. Estos requisitos son que se trate de una pareja heterosexual casada, se aporte material genético por el padre intencional siendo conveniente que sean ambos miembros de la pareja los que aporten el material genético y la madre de intención debe tener una imposibilidad médica para poder gestar o supone un riesgo para su salud o la del bebé.

⁸³ ÁLVAREZ, N., “Gestación subrogada en Ucrania: precio, legislación y agencias”, *Babygest*, 2016, en <https://www.babygest.es/ucrania/> consultado el 17 de septiembre de 2017 a las 10:27 horas.

Respecto a las razones médicas para que la madre intencional no puede gestar se establecen requisitos adicionales, de modo que será necesaria la aportación de un certificado médico español en el caso de que sufra una deformación o ausencia de cavidad uterina, así como anomalías anatómicas, morfológicas o estructurales del endometrio que den lugar a fallos de implantación y sean incurables. También requerirán de justificación médica aquellas enfermedades somáticas graves que puedan suponer un riesgo para la vida del paciente durante la gestación, pero no afecten a la salud del futuro bebé. Por último, también se debe presentar un certificado en el caso de haberse sometido al menos cuatro veces a tratamientos de FIV con transferencia de embriones de elevada calidad siendo todos ellos fallidos.

La filiación de los menores nacidos por esta técnica reproductiva se recoge en el Código de Familia de Ucrania que determina que la madre gestante tiene totalmente prohibido reclamar la maternidad del bebé no teniendo ninguna obligación ni derecho sobre el mismo. Según la ley ucraniana se considera que los padres son los padres genéticos desde que es concebido o se somete al procedimiento FIV.

Una vez que el bebé ha nacido se entrega a los padres intencionales el certificado de nacimiento en el que consta el nombre del padre biológico y de la madre gestante y la renuncia de la madre gestante sobre el bebé. Teniendo dichos documentos en su poder los padres intencionales podrán registrar al menor en los organismos ucranianos correspondientes constando ambos como padres del bebé. El problema vuelve a producirse cuando se inscribe al menor en el Consulado español porque se inscribe a nombre únicamente del padre de intención que es a la vez el padre legal. Entonces, la madre de intención deberá iniciar los trámites de la adopción del menor de su pareja y una vez concedido podrá inscribirse como madre legal del bebé.

En el caso de que la madre gestante no firmará el documento relativo a la renuncia de maternidad y de sus derechos sobre el bebé se llevaría a cabo un juicio en el que los padres intencionales deberían demostrar que el bebé nacido mediante la técnica de gestación por sustitución es suyo. Con la sentencia judicial en la que se reconoce que el bebé es de los padres intencionales la madre gestante debería renunciar a sus derechos sobre el menor.

5.1.5. Portugal⁸⁴

Es uno de los últimos países en los que se ha aprobado la gestación por sustitución y cuyo sistema ha inspirado la proposición de ley presentada hace pocos meses en nuestro país. Se aprueba la Ley 25/2016, de 22 de agosto, en la que se regulan las condiciones

⁸⁴ GUTTON, I., “Gestación subrogada en Portugal: ley y condiciones para extranjeros”, *Babygest*, 2017, en <https://www.babygest.es/gestacion-subrogada-portugal/> consultado el 20 de septiembre de 2017 a las 19:06 horas.

para aplicar la gestación por sustitución. Para ello se regula en un Decreto Reglamentario que entró en vigor el pasado 1 de agosto de 2017.

5.1.5.1. Evolución legislativa

Para llegar al actual Decreto Reglamentario se ha tenido que llevar un camino en muchas ocasiones difícil. Debemos empezar diciendo que con anterioridad existía la Ley 32/2006 que regula la reproducción asistida, pero en el que no se reconocía la gestación por sustitución.

El gobierno portugués ante la nueva situación que se está dando en la sociedad decide abordar el tema de regular la gestación por sustitución. Por eso, se acuerda un primer texto el 13 de mayo de 2016 en el que se regula la gestación por sustitución siendo aprobado por el Parlamento. Sin embargo, este texto no tuvo, al día siguiente la Iglesia Católica la condenó y el 7 de junio el presidente Marcelo de Sousa la vetó por considerar que no cumplía las condiciones formuladas por el Consejo Nacional de Ética.

El veto del presidente portugués provocó la decisión de elaborar, y así el 20 de julio de 2016 se aprobó por escasa mayoría en el Parlamento la Ley 25/2016 publicada el 22 de agosto, una Ley que presta atención a los derechos de gestante y del niño. Con esta nueva producción legislativa se modifica la anterior Ley 32/2006.

Todo este camino tortuoso y de gran dificultad lleva a que con varios meses de retraso se apruebe el Decreto Reglamento el 31 de julio de 2017 que regula concretamente la aplicación de la gestación por sustitución dentro del marco fijado por la ley. Este Decreto entra en vigor el 1 de agosto.

Aunque exista una normativa que regula la gestación por sustitución queda un largo camino por recorrer sobre todo por la sociedad portuguesa para que consideren que es una manera más para poder ser padres. Es más, a principios de 2017 se quiso realizar un referéndum para conocer la opinión de los portugueses sobre esta cuestión pero el mismo fue rechazado por el Parlamento.

Además, durante el año 2016 se han dado pasos adelante para que esta técnica se amplíe a varios modelos de familia porque se permite que las técnicas de reproducción asistida se puedan practicar por todas las mujeres incluyendo las mujeres solteras y parejas homosexuales femeninas. Además, se permite que la adopción se pueda solicitar por parejas homosexuales.

5.1.5.2. Ley 25/2016, de 20 de julio, de gestación subrogada⁸⁵

En primer lugar, acudamos al término de gestación por sustitución recogido en esta ley. Considera que es aquella situación en la que una mujer se disponga a llevar a término el embarazo en favor de terceros y a entregarles el niño tras el parto, renunciando a los derechos propios y deberes propios a la maternidad.

Por tanto, recurrir a esta técnica de reproducción debe ser una situación excepcional, pudiendo darse únicamente cuando exista una ausencia o disfunción del útero que impida el embarazo. La gestación por sustitución únicamente se puede practicar por parejas homosexuales femeninas y heterosexuales, estén casadas o vivan como tal. Está prohibido para las parejas homosexuales masculinas y los hombres solteros. Sin embargo, el caso de las mujeres solteras es llamativo porque en la ley 32/2006, en su artículo 6, se establece que se pueden solicitar este tipo de técnicas reproductivas por mujeres solteras pero la ley de gestación subrogada habla únicamente de parejas por lo que, en principio, las mujeres solteras están excluidas de esta técnica.

Los principales caracteres de esta ley son los siguientes:

- a. Gestación por sustitución altruista. La madre gestante no puede recibir una compensación económica por someterse a esta técnica reproductiva ni puede aceptar una donación por parte de los padres intencionales. Esto no es óbice para que los padres intencionales o beneficiarios decidan encargarse de los gastos derivados del control sanitario. Estos gastos deben estar registrados en facturas, recibos o cualquier otro justificante de gasto. Por último, no se permite que exista una relación laboral o de subordinación económica entre la madre gestante y los padres intencionales.
- b. La madre intencional no puede gestar por razones médicas. Sólo se puede solicitar cuando las mujeres sufran una ausencia del útero, una lesión o enfermedad de este órgano. En el caso de que se trate de una pareja homosexual femenina es necesaria que ambas demuestren su incapacidad para gestar.
- c. Sólo se permite la subrogación gestacional. Esto quiere decir que la persona que aporta los óvulos para llevar a cabo esta técnica no puede ser la misma que la madre gestante. Es necesario que al menos uno de los padres intencionales aporte su material genético. Se limita el contacto entre la madre gestante y el bebé pero en el caso de que la madre gestante forme parte de la familia será una relación en el marco familiar habitual.

⁸⁵ Esta ley fue recogida en el Diario de la República portuguesa nº 160/2016, Série I de 2016-08-22 en https://dre.pt/web/guest/home/-/dre/75177806/details/maximized?p_auth=ACkOg2kA consultado el 21 de Septiembre de 2017 a las 15:34 horas.

- d. Filiación del bebé. El art. 8.7º de la Ley de gestación subrogada reconoce que el bebé nacido por esta técnicas será reconocido inmediatamente como hijo legítimo de los padres intencionales. No se menciona en el certificado de nacimiento ni a la madre gestante ni la técnica reproductiva por la que se ha concebido a dicho bebé.
- e. Sanciones. Se recoge en el art. 39 de la Ley 25/2016 las sanciones en caso de infracción.

En el caso de que el tratamiento se lleve a cabo fuera de los centros sanitarios autorizados se puede imponer una pena de hasta 3 años de prisión.

Si se ofrece una compensación económica a la madre gestante se impondrá a los padres intencionales una pena de hasta 2 años de prisión y 240 días-multa y a la madre gestante una multa de hasta 240 días-multa si acepta el dinero.

Si el contrato de gestación no respeta las disposiciones legales pero tiene naturaleza altruista se impondrá una pena de hasta 1 año de prisión y 120 días-multa para los padres de intención y 120 días-multa para la madre gestante.

Hacer de intermediario o promover la realización de contratos se castigará con penas de hasta 2 años de prisión y obtener beneficios de la realización de los contratos de gestación o de su promoción puede acarrear penas de hasta 5 años de prisión.

5.1.5.3. El Decreto Reglamentario 6/2017, de 31 de julio⁸⁶

Con esta norma se cumplimenta lo establecido en la Ley 25/2016, de 20 de Julio, de gestación subrogada.

Antes de iniciar el proceso de gestación por sustitución se debe solicitar de manera conjunta por los padres de intención y la madre gestante la posibilidad de celebrar un contrato de gestación. Para ello, deben rellenar el formulario facilitado por el Consejo Nacional de Reproducción Asistida (CNPMA). A este formulario se debe acompañar una copia de los documentos de identidad de todos los intervinientes, aceptación conjunta de las condiciones del contrato, certificado médico del centro sanitario en el que se va realizar la técnica reproductiva, dictamen favorable de psicólogo o psiquiatra y acuerdo del director del centro sanitario.

⁸⁶ Este decreto reglamentario fue recogida en el Diario de la República portuguesa nº 146/2017, Série I de 2017-07-31 en <https://dre.pt/web/guest/home/-/dre/107785481/details/maximized?serie=I&day=2017-07-31&date=2017-08-01> consultado el 21 de Septiembre de 2017 a las 20:14 horas.

El CNPMA dispone de un plazo de 60 días para deliberar y en caso afirmativo se lo pasa a la Orden de Médicos que en otro plazo de 60 días da su opinión sobre el caso concreto. La opinión de esta Orden de Médicos no es vinculante por lo que decidan no tiene influencia. Después de pasado este plazo el CNPMA decide en otro plazo de 60 días si autorizar o no la realización de este contrato. Por tanto, el proceso en total puede llegar a durar hasta 6 meses.

Antes de tomar esta decisión el CNPMA puede solicitar una entrevista con los padres de intención y la madre gestante o solicitar evaluaciones médicas y psicológicas de los intervinientes.

Una vez autorizado el contrato de gestación por el CNPMA se redacta el mismo. Necesariamente debe estar escrito en portugués y firmado por todos los intervinientes. En el contrato debe constar lo siguiente:

- a. El derecho de la gestante a decidir junto con los padres de intención la facultativa que va a llevar a cabo el procedimiento, como el lugar y el tipo de parto. También debe constar la negativa de la madre gestante a tener que desplazarse en el tercer semestre del embarazo.
- b. El derecho de la gestante a contar con apoyo psicológico durante y después del embarazo.
- c. Toda la información relativa a las diferentes técnicas de reproducción asistida y los riesgos para la salud, así como los efectos que tendrá para la vida.
- d. El modo de proceder en caso de malformación del feto, de interrupción voluntaria del embarazo o en caso de fracasos repetidos de la gestación.
- e. Gratuidad del proceso existiendo ausencia de remuneración por realizar esta técnica reproductiva.
- f. El seguro de salud asociado al tratamiento.
- g. Formas de resolver los conflictos que se provoquen entre los padres intencionales y la madre gestante y los términos en caso de anulación del contrato.

5.1.5.4. Situación para los extranjeros

En la ley no se dice nada sobre si la gestación por sustitución está limitada a los portugueses. Por eso, la Presidenta de la Asociación Portuguesa de Fertilidad, Cláudia Vieira ha manifestado que puede acceder a ella toda persona que respete la ley portuguesa.

Problemática actual de la gestación por sustitución en España y una posible solución - Derecho comparado de la gestación por sustitución

*Enrique Sánchez Martín
Máster en Acceso a la Abogacía*

Al ser tan reciente esta nueva normativa no se tiene mucha información sobre cómo proceder en la relación con la filiación, pero lo que parece seguro es que no se va a obtener por medio de una resolución judicial, por lo que lo más probable será que se registre en el Consulado español al bebé como hijo del padre de intención y la madre tendrá que iniciar el proceso de adopción del hijo de su pareja y una vez que se le haya concedido la adopción se le podrá registrar como la madre legal del bebé.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La gestación por sustitución es la técnica de reproducción humana asistida cada vez más utilizada por las parejas para poder colmar su anhelo de ser padres cuando no lo pueden ser manera natural. Sin embargo, a lo largo de este trabajo se ha podido manifestar que el ordenamiento jurídico español sólo hace que poner trabas para que este nuevo modelo de familia pueda ser reconocida.

En primer lugar, se prohíbe el contrato de gestación de manera expresa en el art. 10 LTRHA y en los artículos 220 y 221 CP, y en segundo lugar, existe una absoluta confusión entre la línea de actuación que elige la Dirección General de los Registros y del Notariado, que aboga por que se permitan inscribir este tipo de filiación, y la línea de actuación de los Tribunales, que opta por una línea jurisprudencial basada en la absoluta oposición a este tipo de nuevas familias.

Desde mi punto de vista, considero que se debe llevar a cabo una regulación de la materia de manera urgente porque la falta de regulación está provocando que a muchas de estas familias se les trate de manera discriminatoria frente a un modelo de familia tradicional, nacimiento natural o adopción.

SEGUNDA.-En el ordenamiento jurídico español la filiación se establece por el principio de que “la madre es la que pare” por lo que el art. 10 LTRHA prohíbe el contrato de gestación porque precisamente la que pare no es la madre del niño.

Esta prohibición provoca que las parejas españolas o las familias monoparentales tengan que acudir al extranjero para poder realizar esta técnica reproductiva, lo que provoca a que se expongan a un posible engaño jugando con unos sentimientos tan nobles como querer ser padres o gastar una gran cantidad de dinero en el desarrollo de este proceso que podría destinarse perfectamente a la formación de menor. Es verdad que existen países en los que es muy seguro realizar este tipo de prácticas como puede ser Estados Unidos, Canadá, Ucrania o Rusia y que también existen países donde se aboga por una gestación por sustitución altruista, haciéndose cargo los padres gestantes únicamente de los gastos derivados del proceso de gestación.

Por tanto, la falta de regulación está provocando que las parejas españolas tengan que salir al extranjero teniendo que verse expuestos a numerosos peligros pudiendo ser engañados y además, gastarse una cantidad de dinero cuando lo más idóneo y normal es que el ordenamiento español genere una seguridad jurídica que permita a las parejas españolas y a las familias monoparentales poder colmar su deseo de ser padres.

TERCERA.- Pero existe una tercera razón por la que es imperiosa una regulación de esta materia y es la inscripción del menor en el Registro Civil español. Cuando se

quiere inscribir este tipo de nacimientos se hace en el Consulado de España del país en que se haya producido el alumbramiento. En el momento de la inscripción se debe presentar la sentencia de filiación a favor de los padres intencionales y el certificado de nacimiento notificando que son los padres biológicos. Pues bien, ante esta situación se ha decidido que únicamente se reconozca la patria potestad al padre intencional y que la madre no pueda ser reconocida debido a que no ha sido la que ha parido. Entonces, para que la madre pueda ejercer los derechos de patria potestad sobre el niño es necesario que inicie un proceso de adopción seis semanas después de la inscripción del niño.

Esto provoca un gran desequilibrio entre ambos progenitores porque la madre no tiene derecho al permiso de baja por maternidad, cosa que el padre sí tiene, pero además crea una diferenciación entre las madres que lo son de manera natural o que lo son mediante esta técnica de reproducción asistida.

Por tanto, el ordenamiento jurídico español tiene una mala respuesta a esta situación porque no regula la gestación por sustitución, pero, además, con sus actos y decisiones provoca una discriminación hacia las madres que tienen a sus hijos por la técnica de la gestación por sustitución no teniendo derecho a ninguno de los beneficios por tener esa condición.

Todo lo argumentado en estas tres conclusiones demuestran, a mi parecer, que es necesaria una regulación de la gestación por sustitución para que exista un mínimo de seguridad jurídica alrededor del proceso de gestación y se equipare a todo tipo de madres, tengan o no los hijos de manera natural.

CUARTA.- El ordenamiento jurídico español se debe adaptar a las nuevas realidades sociales, al igual que lo ha hecho en otros momentos como cuando se reguló la adopción o se aprobó el matrimonio entre parejas del mismo sexo, por lo que es imperiosa una regulación de la gestación por sustitución que ponga fin a estos problemas.

Esta tesis es la que intenta seguir la Dirección General de los Registros y del Notario con la Resolución de 18 de febrero de 2009 y la Instrucción de 5 de octubre de 2010. En ellas se intenta dar una solución a la dificultad que tienen los padres para inscribir a los niños nacidos por esta técnica reproductiva. Es obvio que es una solución a corto plazo y que tampoco es que tenga una salida muy favorable, ya que como hemos argumentado anteriormente se permite inscribir al menor pero la madre no tiene reconocido como tales sus derechos paterno-filiales teniendo que exigirlos por medio de un proceso de adopción.

Pero bueno, esta solución la debemos considerar como un avance en el reconocimiento de la gestación por sustitución en nuestro país. Con la resolución de 18 de febrero de 2009 ya se produce un avance porque se reconoce que se pueden inscribir los menores nacidos en el extranjero por esta técnica reproductiva que tengan material

genético de progenitores de nacionalidad española, aunque el contrato de gestación esté expresamente prohibido en nuestro ordenamiento (art. 10 LTRHA). Esto es un primer avance, que da un paso más con la Instrucción de 5 de octubre de 2010 cuando se establecen los requisitos para que este tipo de nacimientos pueden inscribirse en los Registros de los consulados español.

Por tanto, estoy de acuerdo con la afirmación hecha en la exposición de motivos de la proposición de ley de ciudadanos, en el que se establece que con la Instrucción de 5 de octubre de 2010 se reconoce *de facto* la gestación por sustitución en España.

Está claro que es un avance y que se de calificar de positivo, pero es necesario que esta posición vaya más allá con una regulación íntegra de esta nueva situación y se respeten los derechos de todas las personas intervinientes porque con la Instrucción de 5 de octubre de 2010 se está lesionando el derecho que tiene una madre a que le sea reconocida como madre legítima de u niño que lleva su material genético, y no se le reconoce porque no es la que ha parido a su hijo.

QUINTA.- Todo esta situación creada por la Dirección General de los Registros y del Notario que parece iniciar el camino hacia una posible regulación de la gestación por sustitución se desvanece con las decisiones de la jurisprudencia. Se decide que no es posible la inscripción de la gestación por sustitución porque se está vulnerando el interés público internacional español y porque se quiere dar validez a un contrato jurídico que esta taxativamente prohibido en nuestro ordenamiento.

Todo esto me parecen excusas por parte de los juzgadores para no avanzar en el reconocimiento de la gestación por sustitución, y algo que es más importante, están prevaleciendo este tipo de principios sobre otro que en esta materia debe ser el principio fundamental, que es preservar el interés superior del menor, y que no se está respetando.

Es verdad que en la actualidad el art. 10 LTRHA establece la prohibición del contrato de gestación, pero también es cierto que el principio de interés superior del menor debe estar por encima de si este contrato está permitido, por lo que el Juzgador no debería hacer prevalecer el interés público internacional o la nulidad del contrato de gestación. Lo primordial es asegurar que el menor tenga las mínimas garantías para poder crecer en un núcleo familiar idóneo, y si lo primero que hace el Estado español es poner trabas su inscripción o la validez del contrato se está vulnerando el art. 8 de la Convención del Niño impidiendo su desarrollo familiar íntimo ya que su madre biológica no es reconocida como su verdadera madre.

Por tanto, esta decisión adoptada por los Tribunales me parece temeraria, atentando contra la seguridad jurídica y poniendo en peligro al menor sin ningún tipo de protección por parte del Estado.

SEXTA.- Algo muy parecido a lo que acabo de argumentar es que lo expresa el TEDH en todas sus resoluciones en las que establece que los niños nacidos por esta técnica reproductiva deben inscribirse en el Registro Civil y que en el caso de que no se permita se está atentando contra el art. 8 de la Convención del Niño en el que se reconoce que tienen derecho y respeto a una vida privada la cual puede verse afectada por la falta de su inscripción de filiación y que además están privados de su nacionalidad y de todos los derechos que derivan de la misma. Además, determina que entiende que cada Estado pueda regular como considere oportuno la gestación por sustitución, pero no inscribir a estos menores por haber nacido mediante el método de la gestación por sustitución es excederse en su valoración.

SÉPTIMA.- Está claro que no en todos los aspectos de la gestación por sustitución se ha producido un inmovilismo. Uno de estos sectores en los que se ha visto una evolución ha sido en el orden jurisdiccional social. En un principio, se establecía que las madres intencionales no tenían derecho a un permiso por maternidad, debido a que no habían sido las que habían alumbrado a su bebé, produciéndose una diferencia absurda entre tipos de madres según haya tenido un hijo de manera natural o mediante técnica reproductiva y también se produce una diferencia respecto al padre intencional porque al ser reconocido como padre legal en el momento de la inscripción tenía derecho a este beneficio.

Pues bien, con las SSTS de 25 de octubre y 16 de noviembre de 2016, se ha mitigado mínimamente esta situación de desequilibrio. En estas sentencias se ha establecido que la madre intencional tendrá derecho a un permiso de maternidad, ya que el Alto Tribunal considera que la gestación por sustitución se puede equiparar a la adopción en el que la madre adquiere ese status sin parir al adoptando. Por tanto, se reconoce que las madres intencionales tienen derecho a un permiso por maternidad por medio de analogía. Esta nueva situación me parece un buen avance porque no debe haber distinción entre tipos de madres debiendo tener todas ellas los mismos derechos, independientemente de la manera en la que se haya concebido a su hijo.

OCTAVA.- Hasta hace unos meses parecía que la gestación por sustitución parecía que no se iba a regular en España a pesar de las quejas por parte de asociaciones en favor de su regulación. Entonces, el Grupo Parlamentario Ciudadanos (C's) decide presentar una proposición de ley en el Congreso a finales de junio de este año que colma el anhelo de tener una norma legislativa que regule esta situación.

Es una norma muy bien trabajada desde mi punto de vista en el que se recoge todos los aspectos relevantes de la gestación por sustitución. Para empezar, considero que es acertado que se decida que la gestación por sustitución sea altruista ya que no se debe poner precio al deseo que tienen dos personas de ser padres. Por tanto, es un acierto y así no se ve el contrato de gestación como un mercado de un niño, sino como la posibilidad

que una persona da a una pareja de que puedan colmar su anhelo de ser padres. Además, va a impedir se quiere estafar a los padres subrogantes por parte de la mujer gestante.

También es acertado que exista un registro en el que conste inscrita la mujer gestante por subrogación. Esto provocará una mayor seguridad jurídica a la hora de elegir a la mujer gestante por los progenitores subrogantes. Al igual que es beneficioso que exista un registro de progenitores subrogantes no pudiendo cualquier solicitar un proceso de gestación. Los requisitos para poder ser madre gestante y progenitores subrogantes son muy exigentes, pero considero que necesarios porque se trata de una situación trascendental en el desarrollo de una persona, aunque considero que el requisito de ser sólo una vez mujer gestante se debería flexibilizar dependiendo de la edad de la misma.

Una novedad que introduce esta norma y que no aparece en derecho comparado es el certificado de que la mujer gestante ha pasado todos los revisiones médicas y psicológicas. Me parece un acierto que se establezca que el certificado caduca en un mes porque esto asegura que la mujer gestante está en plenas condiciones físicas y mentales para poder abordar un proceso con tantos cambios como es el embarazo y da seguridad a los padres subrogantes de que el proceso se va a poder llevar de manera adecuada.

En lo que respecta al contrato de gestación se regula de manera muy similar a como se ha hecho en el derecho comparado y es, de nuevo, beneficioso que sea así ya que permite salvaguardar los derechos de todos los intervinientes con la firma del mismo.

Por tanto, para mí es una proposición de ley que colma todos los anhelos que tenían aquellas personas que querían ser padres por esta técnica reproductiva y que con esta regulación consiguen una mayor seguridad jurídica al poder desarrollarse todo el proceso en nuestro país regulado el mismo por normas que entienden perfectamente y no teniendo que gastarse un dinero excesivo para poder ser padres.

ANEXO I. POSIBLE CONTRATO DE GESTACIÓN SUBROGACIÓN DE ACUERDO A LA PROPOSICIÓN DE LEY PRESENTADA POR CIUDADANOS

En la proposición de ley presentada por el grupo parlamentario Ciudadanos (C's) se establece en su articulado que el contenido y la forma del contrato de gestación se debe determinar de manera consensuada entre el Ministerio de Justicia y el Ministerio de Sanidad. Además, en su artículo 9 se establece el contenido mínimo que debe tener el contrato de gestación.

En este contenido complementario que queremos añadir a este trabajo sobre gestación por sustitución queremos exponer un posible contrato de gestación por sustitución⁸⁷ que se podría aprobar teniendo en cuenta lo contenido en la proposición de ley de gestación subrogada.

En Salamanca, a 20 Enero de 2018

REUNIDOS

De una parte, la pareja formada por Ernesto Jiménez Solís, mayor de edad, vecino de esta ciudad, con DNI 77649112-Ñ y Jimena Vico Zárate, mayor de edad, vecina de esta ciudad, con DNI 06214474-P, ambos con domicilio en Paseo de Carmelitas 24, 5ºA, actuando ambos como progenitores subrogantes.

De otra parte, Patricia Urrutia Ojeda, mayor de edad, vecina de esta ciudad, con DNI 70543357-M, con domicilio en Calle San Patricio nº5, 2ºC, actuando como mujer gestante por subrogación.

Todos los comparecientes con capacidad legal necesaria para otorgar el presente documento, que mutuamente se reconocen, y manifiestan:

CLÁUSULAS

PRIMERA.- Patricia Urrutia Ojeda se declara ser capaz de procrear y concebir hijos, estar de acuerdo con proteger los intereses del niño, acepta que no formará ni

⁸⁷ Este contrato de creación propia está basado en YAÑEZ MORALES, A. C., "Propuesta de modelo de contrato de maternidad subrogada elaborado según los principios de la legislación civil ecuatoriana" (Facultad de Derecho de la Universidad de la Américas de Ecuador), 2013, pp. 60-63. Disponible en <http://dspace.udla.edu.ec/bitstream/33000/133/1/UDLA-EC-TAB-2013-30.pdf> consultado el 15 de noviembre de 2017 a las 11:38 horas.

intentará formar una relación de madre-hijo con cualquier niño o niños que pueda concebir mediante la técnica gestación por sustitución. Además, declara que ha sido informada de manera conveniente de todos los riesgos y de las condiciones de la gestación por sustitución. No tiene ningún tipo de vínculo de consanguinidad con los progenitores subrogantes.

SEGUNDA.- La pareja subrogada aceptan y declaran estar casados desde el 12 de abril de 2015, que Doña Jimena Vico Zárata ha intentado todo tipo de técnicas de reproducción humana asistida, pero lamentablemente su útero no ha sido capaz de retener el feto por más de tres meses, motivo que los ha llevado como pareja a recurrir a la técnica reproductiva de la gestación por sustitución escogiendo como mujer gestante por subrogación a Doña Patricia Urrutia Ojeda, quien se someterá libre y voluntariamente a la fecundación in vitro implantando en ella un óvulo fertilizado con material genético de la pareja subrogada, para de esta manera cumplir con el sueño de ser padres biológicos.

TERCERA.- La mujer gestante por subrogación está obligada someterse a evaluaciones psicológicas y médicas además de proporcionar su historial médico, al igual que la información económica y personal, necesarias para cumplir con los requisitos para ser madre gestante.

Tanto la mujer gestante por subrogación como los padres naturales deben someterse a un examen físico y genético completo, bajo la supervisión de un médico autorizado, para de esta manera determinar si la salud física y bienestar psicológico son satisfactorios. El examen físico incluirá un examen de SIDA, y enfermedades venéreas.

Está de acuerdo en renunciar a la custodia del niño entregándosela a la pareja subrogada, firmando cualquier tipo de declaraciones juramentadas, documentos, papeles necesarios para llevar a feliz término el motivo de este acuerdo.

Declara que entiende que el niño va a ser concebido para el solo y único propósito de formar parte del hogar de la pareja subrogante, entregándolo a sus padres naturales. Está de acuerdo a través de la presente que es derecho exclusivo y solo de la pareja subrogada nombrar al niño nacido.

En el Anexo I de este acuerdo se aporta el certificado expedido por el Registro Nacional de Gestación por Subrogación, de 29 de diciembre de 2017, en el que se hace constar que Doña Patricia Urrutia Ojeda se haya inscrita tras haber superado los correspondientes exámenes clínicos detallados en esta cláusula. También se incluye la acreditación de que los padres subrogantes cumplen con todos los requisitos exigidos

CUARTA.- La mujer gestante declara que cumple todos los requisitos para ser mujer gestante por subrogación debido a que su edad actual es de 32 años, tiene plena capacidad jurídica y de obrar, tiene un buen estado de salud psicofísica y mental, es madre

de dos niñas, es española de nacimiento, tiene una situación socio-económica óptima, no tiene antecedentes penales, nunca ha consumido estupefacientes ni alcohol y nunca con anterioridad ha sido mujer gestante por subrogación.

En el anexo II de este acuerdo se incorporan el Documento Nacional de Identidad, el libro de familia en el que se corrobora que ha dado a luz de manera natural a dos niñas, los diferentes análisis psicológicos y médicos que corroboran su buen estado de salud, un extracto bancario que demuestra su buena situación socio-económica para abordar la gestación con garantías, el historial de penados en el que demuestra que no tiene antecedentes penales, análisis sanguíneos y de saliva que demuestran que no ha consumido drogas y alcohol.

QUINTA.- Declaran que cumplen todos los requisitos para ser padres subrogantes. Doña Jimena Vico Zárata tiene 29 años, tiene capacidad jurídica y de obrar y tiene la nacionalidad española. Al tratarse de una pareja los requisitos deben ser cumplidos sólo por uno de los miembros.

En el anexo III de este acuerdo se aporta el Documento Nacional de Identidad que acredita la edad de Doña Jimena y que tiene la nacionalidad española de nacimiento.

SEXTA.- La consideración de este acuerdo está en la compensación resarcitoria para los servicios y gastos que de ninguna manera será entendida como una cuota para la terminación de derechos paternales o como un pago a cambio de dar el consentimiento y renunciar al niño en una adopción, además de otras cláusulas contenidas en este acuerdo

- a) 5000 euros (€), pagando la pareja subrogante a la mujer gestante por subrogación, en cuotas proporcionales al período de gestación.
- b) La compensación económica resarcitoria consistirá en cubrir los gastos derivados de molestias físicas, desplazamientos y laborales y proporcionar a la mujer gestante por subrogación las condiciones idóneas durante los estudios y tratamiento pre-gestacional, la gestación y el post-parto

SÉPTIMA.- La madre gestante por subrogación será inseminada artificialmente por un profesional de la salud con el semen de Don Ernesto Jiménez Solís, siguiendo el proceso establecido en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Una vez que esta fecundación sea realizada con éxito se compromete a llevar adelante la gestación (en un plazo aproximado de 40 semanas de gestación).

OCTAVA.- La madre subrogante es consciente, y entiende, que debe asumir todos los riesgos, incluidos, la invalidez, secuelas físicas o el riesgo de muerte que es incidental a la concepción, al embarazo y al parto, sabe además que incluye pero no se limita a complicaciones subsecuentes.

La madre gestante por subrogación para el caso de que los eventos mencionados anteriormente ocurran cuenta con un seguro de vida contratado previamente por la pareja subrogada de tal manera que ayude a la mujer gestante para la subrogación en el caso fortuito de ocurrir los hechos mencionados.

NOVENA.- La forma y el modo de seguir el proceso de gestación se hará de acorde a lo establecido en los artículos 4, 18 y 19 de la Ley 14/2006, de 26 de Mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. El proceso de implantación del embrión, la evolución del embarazo y el parto se llevará a cabo por el mismo grupo médico de trabajo formado y en la Clínica Campoamor de Salamanca que está inscrita en el Registro de actividades. Se realizará un seguimiento del proceso mes a mes con ecografías y diferentes análisis médicos sanguíneos y de orina. Además, se obliga a que la mujer gestante por subrogación vaya a clases de parto para estar mejor preparada para el momento del alumbramiento.

DÉCIMA.- Una vez finalizado el período de gestación declaran los padres subrogantes que serán ellos los que promoverán la inscripción en el Registro Civil del hijo recién nacido. De acuerdo al artículo 223 del Código Civil aportan mediante documento privado elevado la escritura pública que los tutores del niño recién nacido serán Don Ernesto Jiménez Solís y Doña Jimena Vico Zárate.

UNDÉCIMA.- La madre gestante por subrogación se compromete a llevar una gestación tranquila, seguir las indicaciones del médico al pie de la letra, vivir sano, no fumar, no consumir bebidas alcohólicas ni drogas ilegales, tomar todos los medicamentos recetados por el médico en las horas indicadas, se compromete a asistir a las citas médicas fijadas mes a mes puntualmente, al igual de practicarse exámenes solicitados por el médico. Si alguna de estas situaciones cambia durante el período de gestación debe ponerlo en conocimiento del Registro Nacional de Gestación Por Subrogación y a los progenitores subrogantes.

DUODÉCIMA.- El aborto sólo está autorizado en el caso de que el médico lo autorice al encontrarse la vida de la mujer gestante por subrogación en peligro o el feto tenga algún tipo de malformación congénita.

DÉCIMO TERCERA.- Cada una de las partes reconocen haber leído detenidamente el presente acuerdo, comprender su efecto legal y firman libre y voluntariamente. Ninguna de las partes tiene alguna razón para creer que la otra parte no lo ha entendido, y aceptan cumplir el mismo.

DÉCIMO CUARTA.- Este acuerdo será objeto de inscripción en el Registro Nacional de Gestación por Subrogación.

Problemática actual de la gestación por sustitución en España y una posible solución - Anexo 3

Enrique Sánchez Martín

Máster en Acceso a la Abogacía

Y en prueba y de conformidad con lo que antecede, todos los comparecientes firman por duplicado y a un solo efecto en el lugar y fecha expresados

ANEXO II. LA SITUACIÓN ACTUAL DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN ESPAÑA. DOS CASOS PRÁCTICOS.

En este anexo que completa este trabajo sobre la gestación subrogada vamos a analizar la situación actual de esta técnica de reproducción asistida desde un punto más práctico, es decir, desde el análisis de dos casos que se han dado en España y que han salido en prensa digital.

En primer lugar, vamos a analizar un supuesto práctico que se ha dado en nuestra provincia, Salamanca, en el que una pareja cuenta todo el proceso que han llevado a cabo para poder ser padres mediante gestación por sustitución⁸⁸. Se trata de una pareja cuyos nombres son Bárbara y Javi, que aparecieron en el programa de televisión de Cuatro “9 meses con Samanta”. Esta pareja no podía tener hijos de manera natural lo que provocó un gran desasosiego debido a que no podían colmar su deseo de ser padres. Es más, perdieron toda esperanza de poder ser padres cuando a Bárbara le quitaron el útero. Sin embargo, tuvieron la esperanza cuando acudieron a la técnica de “gestación subrogada” naciendo el pequeño Daniel el 12 de abril de 2016.

Bárbara, en su afán de querer ser madre con todas las consecuencias, dio un paso más y quería amamantar a su hijo Daniel. Por eso, acude a una clínica en Salamanca y consiguen que ella misma pueda amamantar a su propio hijo.

La pareja cuenta que después de no poder tener hijos al extirparle el bebé a Bárbara deciden tener hijos de otra forma. En primer lugar, se decantan por la adopción, pero enseguida la desechan porque había que esperar siete años. A continuación, indaga en internet sobre la gestación por sustitución y les parece una buena idea y gracias a un conocido contactan con la Asociación de Gestación Asistida Reproductiva (AGAR) que les lleva hasta Ucrania donde se realiza la técnica de la gestación por sustitución de manera legal.

Continúan exponiendo el principal problema de la falta de regulación de la gestación por sustitución en España. El material genético de ambos se encuentra en Daniel tal como se reconoce en Ucrania. Sin embargo, en el momento de la inscripción sólo se reconoce como padre legal a Javi aunque Bárbara, genéticamente, también sea la madre. Por tanto, Bárbara a las seis semanas desde la inscripción en el Registro del Consulado de Daniel como hijo de Javi inicia el proceso de adopción. Además, Bárbara tampoco tiene derecho a baja por maternidad hasta que se le conceda la adopción lo que crea un agravio

⁸⁸ Esta noticia aparece contenida en DE LA CALLE, I., “Gestación subrogada: la historia de amor de Bárbara, Javi, Daniel”, *Tribuna de Salamanca*, 2016, <https://www.tribunasalamanca.com/noticias/gestacion-subrogada-la-historia-de-amor-de-barbara-javi-y-daniel/1463681610> consultado el 14 de noviembre de 2017 a las 16:20 horas.

comparativo respecto a su marido que sí ha disfrutado de la baja por paternidad. Bárbara hace una reflexión muy acertada y es que no se pueden establecer clases de madres entre las que pueden tener a sus hijos de manera natural o mediante fecundación in vitro y las madres que no pueden tener sus hijos de forma natural.

Como hemos dicho anteriormente Bárbara quería tener un vínculo más cercano con su hijo Daniel y por eso decide que quiere amamantar a su bebé. Entonces, acude a la clínica de lactancia “Mímame” en Salamanca, poniéndose en las manos de Patricia Blázquez, especialista en lactancia materna. Se encargo de que el deseo de Bárbara se convirtiera en realidad mediante la estimulación de la subida de la lecha durante los últimos cuatro meses de embarazo con un sacaleches cada tres horas durante diez minutos, incluidas las noches. Esto ha supuesto un gran sacrificio para Bárbara no teniendo a su bebé en el vientre lo que demuestra que, aunque no se engendre de manera natural a tu hijo, se le puede querer igual por lo que es absurdo hacer una distinción de madres. Y cuando fueron a Kiev para vivir el nacimiento en el momento de amamantar al bebé se produjo el milagro de que el Daniel se agarró al pecho de su madre.

Por tanto, este caso práctico que se ha dado en nuestra provincia afianza en lo argumentado en este trabajo en los siguiente:

- Se debe realizar una regulación de la gestación por sustitución de manera urgente para aquellas personas que no pueden ver colmado su deseo de ser padres de manera natural.
- La falta de regulación provoca que aunque los padres hayan aportado su material genético no sea reconocido como hijo de ambos en el momento de realizar la inscripción en el Registro del Consulado, lo que provoca una serie de agravios para la madre debido a que tendrá que iniciar el proceso de adopción de su propio hijo a las 6 semanas desde la inscripción y no podrá disfrutar de la baja de maternidad hasta que se oficialice la adopción, situación que no pasa con el padre debido a que es reconocido como tal en el momento de la inscripción y puede disfrutar de la baja por paternidad.
- No se puede realizar una comparación entre madres que pueden serlo de manera natural o mediante fecundación o in vitro y las madres que pueden serlo mediante gestación por sustitución. La primera clase de madre es la que reconoce el ordenamiento español cuando establece que madre es la que pare. Sin embargo, madre también puede ser la que no lo hace porque circunstancias médicas como puede ser la extirpación del útero. Por tanto, el ordenamiento español debería eliminar esta comparativa absurda equiparando a todas las madres, ya que como demuestra el caso de Bárbara demuestra una dedicación por su hijo al menos igual que la de una madre natural al someterse a un procedimiento para poder amamantar y crear un vínculo muy cercano entre madre e hijo.

En segundo lugar, vamos a abordar un caso práctico que aparece reflejado en la web de LaSextaNoticias que trate sobre una pareja inglesa, Kelley y Aaron que recurren a la gestación por sustitución al no poder tener hijos de manera natural. Lo curioso del caso es que la madre gestante es Tracey, la madre de Kelley y la futura de abuela de Kelcey⁸⁹.

Kelley, después de tres años intentando ser madre le comunican que por la fecundación in vitro tiene la posibilidad de quedarse embarazada de un 1%. Entonces, Kelley, Aaron y Tracey acuden a la consulta del médico que le había sometido a la fecundación in vitro para discutir otras alternativas. Una de ellas era la gestación por sustitución y en cuanto se decantaron por ella Kelley propuso como madre gestante a su madre biológica Tracey, de 55 años. La respuesta de Tracey fue afirmativa debido a que quería ver dejar de sufrir a su hija y no tenía miedo por su propia salud. Preparó su cuerpo de manera hormonal y a los siete días de la fecundación se confirmó que estaba embarazada.

Por tanto, este caso práctico afianza en lo argumentado en este trabajo en los siguiente:

- La gestación por sustitución debe ser altruista, tal como señala la proposición de ley de ciudadanos. Sin embargo, esta proposición de ley tiene para mí un defecto grave y es que se establece que los familiares consanguíneos no pueden ser la madre gestante. En este caso, se demuestra que es un error porque la madre de Kelley tiene una gran satisfacción por poder ayudado a su hija y a su marido a ser padres. Por tanto, se demuestra que ese límite para ser madre gestante se debería eliminar.

⁸⁹ Esta noticia aparece contenida en LASEXTA.COM, “Una mujer da a luz a su nieta bajo gestación subrogada para ayudar a su hija, que no podía ser madre”, *LaSexta*, 2017, en http://www.lasexta.com/noticias/sociedad/mujer-luz-nieta-gestacion-subrogada-ayudar-hija-que-podia-ser-madre_20170813599099770cf2e2ea3549e389.html consultado el 14 de noviembre de 2017 a las 19:11 horas.

ANEXO III. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN VS. LA ADOPCIÓN

Son dos formas de conseguir la maternidad y la paternidad pero que se encuentran contrapuestas debido a que los críticos de la gestación por sustitución consideran que los padres que no pueden concebir de manera natural a sus hijos pueden acudir a la adopción para colmar el anhelo de ser padres.

La adopción es aquel sistema creado por la sociedad para que los menores que no tengan familia se puedan integrar en una de ellas. Es un sistema necesario y útil para un mayor desarrollo de la sociedad. Sin embargo, se debe tratar de un sistema voluntario y no impositivo.

El gran problema de la adopción, a mi parecer, radica en los complejos procesos de selección que tienen que pasar los futuros padres para que les concedan la adopción de un menor. Además, existen muchas situaciones impeditivas por las que se deniega la adopción, como, por ejemplo, si uno de los padres ha padecido cáncer se les descarta de manera automática. También se hace muy difícil para la formación de una familia monoparental teniendo que pasar un proceso muy largo y difícil y, en muchas ocasiones, denegando la adopción.

Por tanto, muchas de estas parejas o familias monoparentales prefieren la opción de la gestación por sustitución debido a que para ellos es muy difícil conseguir la paternidad por la adopción ya que el período de selección se puede alargar hasta los 8 años, debido a los duros requisitos para que se conceda la adopción internacional o la situación psicológica difícil de llevar de los niños adoptados.

Sin embargo, con la gestación por sustitución no se tiene que esperar estos largos períodos para conseguir la paternidad y además no se tiene que lidiar con una situación psicológica y emocional difícil de llevar con respecto al menor nacido por esta técnica reproductiva. Con esta técnica de reproducción asistida se permite poder seguir el proceso de embarazo de su futuro bebé, pudiendo asistir al parto y cuidar al bebé desde su primer día de vida. Por último, con la gestación por sustitución se permite que el niño lleve la misma carga genética que sus padres, circunstancia que, como es lógico, no es posible en la adopción.

Desde mi punto de vista la opción más viable en la actualidad es la gestación por sustitución debido a que se hace realidad el anhelo de la paternidad en un tiempo más breve y además permite que el niño tenga el mismo material genético que sus padres.

De todas formas, no se debe desechar la opción de la adopción, pero considero que se debería hacer una reforma profunda de esta institución jurídica. La adopción es

una herramienta viable para el anhelo de ser padres que tienen aquellas personas que no lo pueden ser de manera natural. Es entendible la seguridad que se quiere dar a los menores potenciando el interés superior del menor, pero considero que existen demasiados formalismos y procedimientos que se deberían aligerar. Es obvio que la idoneidad para ser padres se debe tomar de manera calmada y no se debe apresurar la decisión, pero tanto el plazo de 5 años como el de 8 años me parece totalmente exagerado.

Por eso, en la actualidad mientras no se reforme la regulación de la adopción en España seguirán proliferando cada vez más los casos de gestación por sustitución lo que hace necesario y cada más urgente una regulación de esta forma de reproducción asistida y que deje de estar prohibida en nuestro ordenamiento.

1.1. TÉRMINOS A TENER EN CUENTA EN LA ADOPCIÓN

En el proceso se deben tener claro los dos sujetos que intervienen en el mismo: el adoptante y el adoptado.

El adoptante es aquella persona o personas que acogen al adoptado. La principal consecuencia es que cuando finaliza el proceso de adopción esta persona o personas adquieren la filiación del menor adoptado. El adoptado es el menor acogido por la familia adoptante de la que toma sus apellidos y pasa a ser hijo suyo a todos los efectos legales⁹⁰.

1.2. TIPOS DE ADOPCIÓN

La adopción se puede ejercitar mediante la adopción nacional y la adopción internacional.

La adopción nacional consiste en que los adoptantes comparten la nacionalidad con el adoptado en el momento en el que se realiza la adopción. También se puede hablar de adopción nacional cuando el adoptado no tiene la nacionalidad española, pero se encuentra en territorio español.

La adopción internacional consiste en que los adoptantes adoptan un niño cuya nacionalidad no es española. Para que la adopción sea válida se debe cumplir la ley española y la ley de origen del adoptado. En este caso, lo normal es acudir a una Entidad Colaboradora de Adopción Internacional (ECAI) aprobada por la administración pública. Estas entidades privadas se encargan de la legalización y de la entrega de expedientes en caso de adopción.

Una vez que haya finalizado el proceso de adopción se debe proceder a la inscripción del adoptado en el Registro Civil para modificar sus apellidos. Con la

⁹⁰ FERNÁNDEZ, S., “Gestación subrogada vs adopción, ¿cuáles son las diferencias?”, *Babygest*, 2016, en <https://www.babygest.es/la-adopcion/> consultado el 30 de junio de 2017 a las 11:22 horas.

resolución de un Juez queda determinado un vínculo de filiación entre los adoptantes y el adoptado dándose la misma situación que entre un hijo y sus padres biológicos.

1.2.1. LA ADOPCIÓN NACIONAL

Para poder iniciar la adopción en España los adoptantes se tienen que dirigir al Servicio de Protección de Menores de la Comunidad Autónoma en la que residan.

En España, sólo se pueden adoptar a los menores no emancipados. En lo que respecta a los mayores de edad y los menores emancipados sólo se podrán adoptar cuando hayan convivido con los adoptantes como mínimo un año de forma ininterrumpida antes de solicitar la adopción⁹¹.

Para poder solicitar la adopción es necesario que al menos uno de los solicitantes tenga más de 25 años, que la diferencia de edad entre el adoptante y el adoptado sea como mínimo de 17 años y como máximo de 45 años, se cumplan las condiciones mínimas psicopedagógicas y socioeconómicas para que se decrete la idoneidad de la adopción y si los adoptantes son cónyuges o pareja de hecho debe existir una relación de estabilidad con al menos 2 años de relación⁹².

En el caso de que el adoptante o los adoptantes consigan el certificado de idoneidad pasarán a una lista de espera para que le concedan a un menor en adopción. Esta lista de espera es de 4 a 9 años lo que hace que muchos de las parejas o familias monoparentales que quieren ser padres decidan decantarse por la gestación por sustitución.

La autoridad competente puede denegar la concesión de la adopción cuando se descubra información que afecte al certificado de idoneidad de los adoptantes o se solicite que el menor tenga unas características físicas o una procedencia socio-familiar determinada⁹³.

1.2.2. LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL

La adopción internacional en España se regula por medio de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional.

En esta norma se establece que se podrá iniciar el proceso de adopción internacional si la legislación del país del menor regula la adopción internacional, si el país del menor cuenta con un organismo oficial encargado de la protección de los

⁹¹ Artículo 175.2 CC

⁹² Artículo 175.1 CC

⁹³ FERNÁNDEZ, S., “Gestación subrogada vs adopción...”, *op. cit.*

menores, si en el país no existe una situación de inseguridad jurídica en la tramitación de la adopción y si el país no se encuentra en una situación de guerra o desastre natural⁹⁴.

De acuerdo al artículo 3, en este tipo de adopciones, además de respetarse las normas de adopción internacional del país de origen del menor, se deben cumplir los Tratados Internacionales firmados en esta materia sobre adopción y otras medidas de protección internacional de menores, respetarán los principios inspiradores de la Convención de Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, del Convenio de La Haya, de 29 de mayo de 1993, relativo a la protección de derechos del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, del Convenio de La Haya, de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, del Convenio del Consejo de Europa en materia de adopción de menores hecho en Estrasburgo el 27 de noviembre de 2008, y del Reglamento (CE) n.º 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.

En el Título I, Capítulo III se establecen la capacidad y requisitos para la adopción internacional. Es necesario que exista un dictamen de idoneidad a favor de los adoptantes con una validez de tres años desde la fecha de su emisión por la Entidad Pública. Las personas que son declaradas idóneas estarán habilitados a iniciar un proceso de adopción nacional y un proceso de adopción internacional, es decir, que podrán iniciar los dos procesos de adopción de manera simultánea⁹⁵.

Las personas que deseen iniciar un proceso de adopción internacional, deberán acudir a las reuniones informativas y de preparación organizadas por la Entidad Pública con carácter previo a la declaración de idoneidad. Los adoptantes tendrán que facilitar la información, documentación y realizar las entrevistas que la Entidad Pública precise para la elaboración de los informes de seguimiento postadoptivos exigidos por la Entidad Pública o autoridad competente del país de origen. Para cumplir con los trámites postadoptivos con el país de origen del menor se proporciona a los adoptantes ayuda y asesoramiento por las Entidades Públicas y organismos acreditados⁹⁶.

En el Título II, Capítulo III se establecen los efectos en España de la adopción constituida por autoridades extranjeras. En primer lugar, la adopción constituida por autoridades extranjeras se reconocerá en España respetando lo establecido en los Tratados Internacionales firmados por España. En defecto de las normas internacionales se reconocerá la adopción internacional en España siempre que haya sido reconocida por una autoridad extranjera competente y que la adopción no vulnere el orden público, es

⁹⁴ Art. 4 Ley de Adopción Internacional.

⁹⁵ Art. 10.3 y 10.5 Ley de Adopción Internacional.

⁹⁶ Art. 11 Ley de Adopción Internacional.

decir, cuando no se haya respetado el interés superior del menor, sobre todo cuando no se hayan llevado a cabo los consentimientos y audiencias necesarios⁹⁷.

La validez de la inscripción de la adopción se va a controlar de manera incidental por el Encargado del Registro Civil con arreglo a las normas contenidas en el Convenio de La Haya, de 29 de mayo de 1993, relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional⁹⁸, a través de la presentación del certificado de conformidad con lo previsto en su artículo 23 y de que no se ha incurrido en la causa de no reconocimiento prevista en el artículo 24 de dicho Convenio⁹⁹.

Para poder inscribir la adopción del menor es necesario que los adoptantes soliciten en el Registro Civil la inscripción del nacimiento del menor y de la adopción conforme a las normas de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil¹⁰⁰.

1.3. SITUACIÓN ACTUAL DE LA ADOPCIÓN EN ESPAÑA

En la actualidad el tiempo de espera para la adopción por parte de los adoptantes es de entre 5 y 8 años, lo que hace que el proceso sea muy largo y que muchos de los adoptantes desistan de llevar a cabo este procedimiento. Este retraso en la lista de espera se debe al cambio de la legislación que regula la adopción en países como Rusia o China a la que recurren con asiduidad los adoptantes españoles y a la mayor seguridad del interés superior del menor que se quiere dar con el Convenio de la Haya.

El límite de edad para obtener la adopción es de 40 años por lo que se debe solicitar como máximo a los 35 años porque si se solicita después cuando se conceda ya se habrá superado ese límite de edad. Esta es una de las causas por las que también han descendido las solicitudes de adopción en España, provocando un aumento de la gestación por sustitución¹⁰¹.

1.4. DIFERENCIAS ENTRE LA ADOPCIÓN Y LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

1.4.1. LA ADOPCIÓN

Una de las diferencias que podemos encontrar con la gestación por sustitución en que en un hijo se buscan los rasgos genéticos de los progenitores, situación que se da con la gestación por sustitución. Sin embargo, esto no es posible con la adopción porque el adoptado tiene los rasgos genéticos de sus padres biológicos desde que nace, ya que, como nos hemos referido en este trabajo, el fin que se persigue es que un menor que ha sido

⁹⁷ Art. 25 y 26 Ley de Adopción Internacional.

⁹⁸ BOE, núm. 182, de 1 de agosto de 1995.

⁹⁹ Art. 27 Ley de Adopción Internacional.

¹⁰⁰ Art. 28 Ley de Adopción Internacional.

¹⁰¹ FERNÁNDEZ, S., "Gestación subrogada vs adopción...", *op. cit.*

desamparado tenga una educación adecuada, una vida familiar a la que nos aferramos todas las personas y un poco de amor.

Sin embargo, la gran ventaja que tiene la adopción frente a la gestación por sustitución es que a pesar de ser un proceso largo y complicado está totalmente regulado por la legislación española.

1.4.2. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

La gran diferencia con la adopción es que permite vivir el embarazo día a día, circunstancia que con la adopción no es posible porque se adopta al menor una vez que ha nacido. La gestación por sustitución es una técnica en la que una o dos personas pueden decidir tener un hijo propio por medio de una técnica de reproducción asistida. Por tanto, los padres intencionales aportan sus propios gametos para que se forme un embrión prestándose una mujer que dona su capacidad de gestar. Por tanto, la gestación por sustitución es lo más parecido que pueden tener unos padres intencionales a un embarazo propio.

Sin embargo, el gran inconveniente o desventaja que tiene la gestación por sustitución es que el contrato de gestación por sustitución es declarado nulo en España siendo incluso un delito penal tipificado en los arts. 220 y 221 del Código Penal. Esto supone que sea un proceso dificultoso para los padres intencionales españoles debiendo acudir al extranjero para poder desarrollar la gestación por sustitución. Esto va a crear un problema cuando se quiera traer a los niños nacidos por gestación por sustitución a España a la hora de reconocerlos como hijos en el Registro Civil. Por último, es verdad que el proceso se puede alargar, pero lo normal es que no supere el año de duración desde el inicio del mismo hasta el nacimiento del niño.

1.4.3. LAS VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE ELEGIR LA ADOPCIÓN O LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN¹⁰²

Antes de tomar la decisión de si adoptar o recurrir a la gestación por sustitución, debemos plantearnos las ventajas y los inconvenientes que tienen ambas situaciones.

En primer lugar, debemos tener en cuenta la carga genética. Con la gestación por sustitución al menos uno de los padres intencionales (sino ambos) pueden aportar su material genético para formar el embrión, mientras que con la adopción no se podrá aportar material genético de los adoptantes, ya que lo único que podrán aportar a los adoptados será un hogar familiar, amor y educación.

¹⁰² FERNÁNDEZ, S., “Gestación subrogada vs adopción...”, op. cit.,

En segundo lugar, se debe tener en cuenta el tiempo de espera. En la adopción, como hemos dicho con anterioridad, el tiempo medio de espera va desde los 5 hasta los 8 años mientras que en la gestación por sustitución nos encontramos en que como máximo el proceso se desarrolla entre 1 y 2 años por lo que es mucho más rápida en el tiempo lo que hace que muchas parejas o familias homoparentales se decanten por esta vía.

En tercer lugar, se debe tener en cuenta el coste. Es el factor más irrelevante entre las dos opciones porque ambos procesos son muy costosos existiendo escasas diferencias entre ambos.

En cuarto lugar, se debe tener en cuenta los aspectos legales. En ambos supuestos es necesario el asesoramiento de profesionales legales, aunque en la gestación por sustitución con la intervención de las agencias hace más fácil todos estos trámites legales.

En quinto lugar, se debe tener en cuenta la elección. Es una situación singular de la gestación por sustitución debido a que los padres pueden elegir a la madre gestante, pero a su vez la madre gestante también puede elegir a los padres intencionales. Por tanto, es una elección en doble sentido. Sin embargo, en la adopción no es así porque los adoptantes pueden elegir al menor, pero en ningún momento el adoptado puede elegir a sus adoptantes.

En sexto y último lugar, en la gestación por sustitución se puede hacer un seguimiento personal del embarazo por parte de los padres intencionales para tener conocimiento del desarrollo de su hijo mientras que en la adopción en ningún momento se tiene constancia del desarrollo del proceso que lleva a que un niño sea adoptado por los padres adoptantes.

1.4.4. ADOPCIÓN O GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN PARA LAS PAREJAS HOMOSEXUALES MASCULINAS O FAMILIAS MONOPARENTALES MASCULINAS¹⁰³

En el caso de que las parejas homosexuales masculinas o familias monoparentales masculinas elijan ser padres por medio de la gestación por sustitución sólo podrán aportar la mitad de material genético a su futuro hijo por lo que será necesaria la existencia de una donante de óvulos. Además, de la donante de óvulos será necesario que exista una madre gestante. Por tanto, para que las parejas homosexuales masculinas puedan ser padres van a necesitar además de los espermatozoides de alguno de los dos la ayuda de dos mujeres.

Esta es la gran diferencia con la adopción debido a que permite que uno de los padres comparta la mitad de su material genético con el futuro hijo, circunstancia que en

¹⁰³ FERNÁNDEZ, S., “Gestación subrogada...”, op. cit.,

la adopción no es posible porque ninguno de los padres adoptantes podrá compartir material genético con el adoptado.

Otra diferencia que podemos encontrar entre la gestación subrogada y la adopción en estos casos es que el niño no ha nacido por propia iniciativa de los adoptantes y además, la motivación que pueden tener los padres adoptantes es la crianza y educación de un niño cuyos padres no pueden hacerse cargo de él permitiendo que el menor crezca en un entorno familiar adecuado.

La adopción monoparental se realiza por aquellas parejas homosexuales cuando ambos no pueden adoptar, es decir, existen países en los que no se permite a las parejas homosexuales. Por tanto, el niño es adoptado únicamente por uno de los padres teniendo éste la patria potestad exclusiva, aunque posteriormente se eduque al menor por ambos miembros de la pareja. Esta situación es muy habitual debido a que en escasos países se permite adoptar a una pareja homosexual.

BIBLIOGRAFÍA

MONOGRAFÍAS

- 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.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *El derecho a la reproducción humana*, Marcial Pons, Madrid, 1994.
- LAMM, E., *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Colección de Bioética, Universidad de Barcelona, 2014.
- PÉREZ MONGE, M., *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*, Colegio de Registradores, Fundación de Beneficiencia et Peritia Iuris, Madrid, 2002.
- VELA SÁNCHEZ, A.J., *Gestación por encargo: Tratamiento judicial y soluciones prácticas. La cuestión jurídica de las madres de alquiler*, Reus, Madrid, 2015.

ARTÍCULOS DE REVISTA

- ACOSTA CIND, A., “Maternidad subrogada”, *Revista de ciencias biomédicas*, número 1, 2011, pp. 91-97.
- 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”, *Cuaderno de Derecho Transnacional*, volumen 6, número 2, 2014, pp. 5-49.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “Efectos en España de la Gestación por Sustitución llevada a cabo en el extranjero”, *Anuario español de Derecho Internacional Privado*, 2010, Tomo X, pp. 339-369.
- APARISI, A. Y LÓPEZ GUZMÁN, J., “Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada”. *Cuadernos de Bioética*, número 78, volumen 23, 2012, pp. 253-267.
- BARBER CÁRCAMO, R., “La legalización administrativa de la gestación por sustitución en España (crónica de una ilegalidad y remedios para combatirla)”, *RCDI*, núm. 739, 2013, p. 2940.
- CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Gestación por sustitución y derecho internacional privado: consideraciones en torno a la

- RDGRN de 18 de febrero de 2009”, *Cuadernos de derecho transnacional*, número 2, volumen 1, 2009, pp. 294-319.
- CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Notas críticas en torno a la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, *Cuadernos de derecho transnacional*, número 1, volumen 3, 2011, pp. 247-262.
 - CAMARERO GONZÁLEZ, J., “Notas sobre la resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009, en un caso de gestación por sustitución”, *Diario La Ley*, número 7910, 2012, pp. 1-10.
 - DE VERDA Y BEAMONTE J.R., “La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico”, *Diario La Ley*, número 7501, 2010, pp. 1-7.
 - DÍAZ ROMERO, M., “La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico”, *Diario La Ley*, número 7527, sección doctrina, diciembre 2010.
 - 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 la gestación por sustitución”, *Anuario español de Derecho Internacional Privado*, Tomo XII, 2012, pp. 266-283.
 - DURÁN AYAGO, A., “El interés del menor como principio inspirador de la adopción internacional”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, 2000, pp. 355-366.
 - DURÁN AYAGO, A., “El interés del menor en el conflicto de civilizaciones: elementos para su concreción en un contexto intercultural”, publicado en CALVO CARAVACA, A.L. y CASTELLANOS RUIZ, E. (Eds.), *El Derecho de Familia ante el siglo XXI: Aspectos internacionales*, ed. Colex, 2004, pp. 295-318.
 - DURÁN AYAGO, A., “Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil Pleno, 835/2013, de 2014 (ROJ: STS 247/2013): Gestación por sustitución: Problemas en la determinación de la filiación en España”, *Ars Iuris Salmanticensis*, 2(2), 2015, pp. 277-279. Disponible en <http://revistas.usal.es/index.php/ais/article/view/12784/13155> consultado el 3 de septiembre de 2017.
 - DURÁN AYAGO, A., “Surrogacy” or pregnancy for others. A first round of opinions”, *AG Rivista Internazionale di Studi di Genere*, volumen 5, número 10, 2016, pp. 331-357.
 - DURÁN AYAGO, A., “Premisas para el debate en una necesaria regulación de la gestación por sustitución”. Disponible en <http://diarium.usal.es/clinicajuridica/2017/01/31/premisas-para-el-debate-en-una-necesaria-regulacion-de-la-gestacion-por-sustitucion/> consultado el 11 de noviembre de 2017.
 - DURÁN AYAGO, A., “Primeras impresiones sobre las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos caso *Mennesson c. France* y *Labassee c. France*,

- dictadas el 26 de junio de 2014” disponible en <https://sites.google.com/site/redinvgessubro/interpretacion-sentencia-tedh> consultado el 25 de octubre de 2017.
- DURÁN AYAGO A., “Valoración del proyecto presentado por el gobierno para regular la filiación de los niños nacidos por gestación subrogada”, disponible en <http://www.gestacion-subrogada.com/valoracion-proyecto-de-ley-registro> consultado el 12 de octubre de 2017.
 - DURÁN-AYAGO A., “Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Mennesson c. France (n.º 65192/11) y caso Labassee c. France (n.º 65941/11) de 26 de junio de 2014: Interés superior del menor y gestación por sustitución”, *AIS: Ars Iuris Salmanticensis*, 2015, pp. 280-282. Disponible en <http://revistas.usal.es/index.php/ais/article/view/12785> consultado el 27 de octubre de 2017.
 - FARNÓS AMARÓS, E., “Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California. Cuestiones que plantea la Resolución DGRN de 18 de febrero 2009”, *Indret*, número 1, 2010, pp. 1-25. Disponible en <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/225321/306632> consultado el 22 de septiembre de 2017.
 - JIMÉNEZ MARTÍNEZ, M^a. V., “La inscripción de la filiación derivada de la gestación por sustitución. Problemas actuales”, *Anuario Facultad de Derecho-Universidad de Alcalá*, Vol. V, 2012 p. 373.
 - JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J., “Denegación de la inscripción de la filiación determinada por la celebración de un contrato de gestación por sustitución. Comentario a la sentencia 835/2013 de 6 de febrero de 2014”, *Revista bolivariana de derecho*, 2014, número 18, pp. 400-419.
 - LAMM, E., “Gestación por sustitución. Realidad y derecho”, *Indret. Revista para el análisis del derecho*, número 3, Barcelona, 2012, pp. 1-49.
 - LAMM, E., “La importancia de la voluntad pro-creacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción humana y asistida”, *Revista de bioética y derecho*, número 24, 2012, pp. 76-91.
 - LASARTE ÁLVAREZ, C., “La reproducción asistida y la prohibición legal de la maternidad subrogada admitida en derecho por vía reglamentaria”, *Diario La Ley*, número 7777, 17/01/2012, pp. 1-20.
 - MERCADER UGINA, J. R., “La creación por el Tribunal Supremo de la prestación por maternidad subrogada: a propósito de las SSTs de 25 de octubre de 2016 y de 16 de noviembre de 2016”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, volumen 9, número 1, 2017, pp. 454-467.
 - 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” (A propósito de las SSTs, Sala 4ª, de 25 de octubre -

RCUD 3818/2015- y 16 de noviembre de 2016 -RCUD 3146/2014), *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, Diciembre 2016, p. 1-18.

- PANIZA FULLANA, A., “Gestación por sustitución e inscripción de la filiación en el Registro Civil español: la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº1, 2014, pp. 59-67.
- PÉREZ VAQUERO, C., “La denegación del acceso al Registro Civil de la filiación derivada de un contrato de gestación por sustitución a la luz de la jurisprudencia del TEDH: comentario del ATS de 2 de febrero de 2015”, *Revista doctrinal Aranzadi*, número 4, 2015.
- RÍO SANTOS, F., “La jurisprudencia del TEDH en materia de gestación por sustitución y su influencia en la jurisprudencia española (1)”, *Revista La Ley Actualidad Civil*, nº 6, 2017, pp. 84-94.
- RODRIGUEZ RODRIGUEZ, E., “La desprotección de la maternidad por subrogación en la jurisprudencia europea frente al derecho de igualdad de empleo (y II)”, *Revista Doctrinal La Ley Laboral Trabajo y Derecho*, nº4, 2015, pp. 94-98.
- SALAS CARCELLER, A., “Gestación por sustitución”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº2, 2014, pp. 11-15.
- SÁNCHEZ CASTRILLO, G., “El principio del favor “fili” en la gestación por sustitución”, *Aranzadi Digital*, num. 1/2015, pp. 1-2.
- SELMA PENALVA, A., “Vientres de alquiler y prestación por maternidad”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nº9, 2013, pp. 223-244.
- SOUTO GALVÁN, B., “Aproximación al estudio de la gestación de sustitución desde la perspectiva del bioderecho”, *Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Madrid, Nueva Época, núm. 1/2005, pp. 275-292; 283-284.
- VARELA AUTRÁN, B., “La protección social de la maternidad no biológica. STSJ Madrid 18 de octubre de 2012”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nº1, 2013, pp. 153-160.
- VELA SÁNCHEZ, A. J., “De nuevo sobre la regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España. A propósito de la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011”, *Diario La Ley*, número 7815, 2012, pp. 1-15. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3854297> consultado el 12 de septiembre de 2017.

PÁGINAS WEB

- AGENCIA EFE, “Ciudadanos presentará el martes en el Congreso una ley de gestación subrogada “altruista y garantista””, *EL MUNDO*, 2017, en

<http://www.elmundo.es/espana/2017/06/24/594e36e322601db6258b45e9.html>
consultado el 14 de octubre de 2017.

- ÁLVAREZ, N., “Gestación subrogada en Ucrania: precio, legislación y agencias”, *Babygest*, 2016, en <https://www.babygest.es/ucrania/> consultado el 17 de septiembre de 2017.
- DE LA CALLE, I., “Gestación subrogada: la historia de amor de Bárbara, Javi, Daniel”, *Tribuna de Salamanca*, 2016, en <https://www.tribunasalamanca.com/noticias/gestacion-subrogada-la-historia-de-amor-de-barbara-javi-y-daniel/1463681610> consultado el 14 de noviembre de 2017.
- FERNÁNDEZ, S., “¿Cómo se vive el embarazo en gestación subrogada mes a mes?”, *Babygest*, 2017, en <https://www.babygest.es/el-embarazo/> consultado el 27 de junio de 2017.
- FERNÁNDEZ, S., “Gestación subrogada en Estados Unidos: precio, legislación y requisitos”, *Babygest*, 2017, en <https://www.babygest.es/estados-unidos/> consultado 20 de Agosto de 2017.
- FERNÁNDEZ, S., “Gestación subrogada vs adopción, ¿cuáles son las diferencias?”, *Babygest*, 2016, en <https://www.babygest.es/la-adopcion/> consultado el 30 de junio de 2017.
- G. TRECEÑO, J., “Cristina Cifuentes quiere que el Estado regule por ley los ‘vientres prestados””, *EL MUNDO*, 2016, en <http://www.elmundo.es/madrid/2016/03/14/56e712e4e2704e88378b45d2.html> consultado 13 de Octubre de 2017.
- G. TRECEÑO, J., “El apoyo a la gestación subrogada ‘rompe’ al PP en la Asamblea de Madrid y en el PSOE piden libertad de voto”, *EL MUNDO*, 2016, en <http://www.elmundo.es/madrid/2016/03/17/56ea940a46163f48278b4607.html> consultado 13 de Octubre de 2017.
- G. TRECEÑO, J., “Tres diputados dejan en evidencia el poder de Cristina Cifuentes en el PP de Madrid”, *EL MUNDO*, 2016, en <http://www.elmundo.es/madrid/2016/03/17/56eb00d446163f9d648b45b7.html> consultado 14 de Octubre de 2017.
- GUTTON, I., “Gestación subrogada en Portugal: ley y condiciones para extranjeros”, *Babygest*, 2017, en <https://www.babygest.es/gestacion-subrogada-portugal/> consultado el 20 de septiembre de 2017.
- LASEXTA.COM, “Una mujer da a luz a su nieta bajo gestación subrogada para ayudar a su hija, que no podía ser madre”, *LaSexta*, 2017, en http://www.lasexta.com/noticias/sociedad/mujer-luz-nieta-gestacion-subrogada-ayudar-hija-que-podia-ser-madre_20170813599099770cf2e2ea3549e389.html consultado el 14 de noviembre de 2017.

- MATEO, J.J., “Ciudadanos apuesta por una ley que regule la gestación subrogada”, *El País*, 2017, disponible en https://politica.elpais.com/politica/2017/02/06/actualidad/1486383023_272932.html consultado el 13 de octubre de 2017.
- MATEO, J.J., “Ciudadanos lleva al Congreso la regulación de la gestación subrogada”, *El País*, 2017, disponible en https://politica.elpais.com/politica/2017/06/24/actualidad/1498297696_553920.html consultado el 15 de octubre de 2017.
- RODRIGO, A., “¿Cómo elegir el destino donde hacer la gestación subrogada?”, *Babygest*, 2017, en <https://www.babygest.es/como-elegir-el-pais-donde-realizar-un-tratamiento-de-gestacion-subrogada/> consultado el 25 de junio de 2017.
- RODRIGO, A., “Consejos para elegir a la gestante subrogada”, *Babygest*, 2017, en <https://www.babygest.es/eleccion-de-la-gestante/> consultado el 25 de junio de 2017.
- RODRIGO, A., “Gestación subrogada en Canadá: legislación y precio”, *Babygest*, 2017, en <https://www.babygest.es/canada/> consultado 10 de septiembre de 2017.
- RODRIGO, A., “La gestación subrogada en Illinois”, *Babygest*, 2016, en <https://www.babygest.es/gestacion-subrogada-en-illinois/> consultado el 5 de septiembre de 2017.
- RODRIGO, A., “¿Qué es la gestación subrogada?”, *Babygest*, 2017, en <https://www.babygest.es/gestacion-subrogada/> consultado el 20 de junio de 2017.
- SALGADO, S., “¿Cuántos tipos de maternidad subrogada existen?”, *Babygest*, 2016, en <https://www.babygest.es/tipos-de-subrogacion/> consultado el 22 de junio de 2017.
- SALGADO, S., “La gestación subrogada en California: el destino más demandado de USA”, *Babygest*, 2016, en <https://www.babygest.es/gestacion-subrogada-en-california/> consultado el 22 de agosto de 2017.
- SALGADO, S., “La gestación subrogada en Florida”, *Babygest*, 2017, en <https://www.babygest.es/gestacion-subrogada-en-florida/> consultado el 30 de Agosto de 2017.
- SALGADO, S., “Pasos a seguir en maternidad subrogada”, *Babygest*, 2016, en <https://www.babygest.es/pasos-a-seguir-en-gestacion-subrogada/> consultado el 25 de junio de 2017.
- SALVADOR, Z., “Gestación subrogada en Rusia: legislación precio y filiación”, *Babygest*, 2017, en <https://www.babygest.es/rusia/> consultado 12 de septiembre de 2017.

LEGISLACIÓN

- Convención de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989.
- Convenio de La Haya, de 29 de mayo de 1993, relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional.
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.
- Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional.
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
- 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 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.
- Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil.
- Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida.
- Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil.

- o **Derecho comparado**
 - Ley 25/2016, de 20 de julio, de gestación subrogada. Disponible en https://dre.pt/web/guest/home/-/dre/75177806/details/maximized?p_auth=ACkOg2kA consultado el 21 de septiembre de 2017.
 - Decreto Reglamentario 6/2017, de 31 de julio. Disponible en <https://dre.pt/web/guest/home/->

</dre/107785481/details/maximized?serie=I&day=2017-07-31&date=2017-08-01> consultado el 21 de septiembre de 2017.

- Ley Federal nº 5487-1 “sobre las bases de protección de la salud de los ciudadanos de la Federación de Rusia”.
- Ley de reproducción asistida de maternidad subrogada ucraniana “bases de la legislación ucraniana sobre la defensa de la salud pública”.
- Assisted Human Reproduction Acts (S.C. 2004, c. 2). Disponible en <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/A-13.4/page-2.html#docCont> consultado el 18 de septiembre de 2017.

JURISPRUDENCIA

○ Autos y Sentencias del Tribunal Supremo

- ATS, Sala de lo Civil, Pleno, de 2 de febrero de 2015, Recurso núm. 245/2012 (RJ 2015/141)
- STS 835/2013, Sala 1ª, de lo Civil, de 6 de febrero de 2014, Recurso núm. 245/2012 (RJ 2014, 833).
- STS 881/2016, Sala de lo Social, Pleno, de 25 de octubre de 2016, Recurso núm. 3818/2015 (ROJ STS 5375/2016).
- STS 953/2016, Sala de lo Social, Pleno, de 16 de noviembre de 2016, Recurso núm. 3146/2014 (ROJ STS 5283/2016)
- STEDH de 26 de junio de 2014, *Mennesson c. France* (nº 65192/11). Disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145179> consultado el 27 de octubre de 2017.
- STEDH de 26 de junio de 2014, *Labassee c. France* (nº 65941/11). Disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145180> consultado el 27 de octubre de 2017.
- STEDH de 21 de julio de 2014, *Foulon c. France* (nº 9063/14). Disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-164968> consultado el 27 de octubre de 2017.
- STEDH de 21 de julio de 2014, *Bouvet c. France* (nº 10410/14). Disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-164968> consultado el 27 de octubre de 2017.
- STEDH de 19 de enero de 2017, *Laboire c. France* (nº 44024/13). Disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-170369> consultado el 27 de octubre de 2017.

- STEDH de 24 de enero de 2017, *Paradiso et Campanelli c. Italie* (nº 25358/12). Disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-170359> consultado el 27 de octubre de 2017.
- STSJ de Asturias 2320/2012, Sala de lo Social, de 20 de septiembre de 2012, Recurso núm. 1604/2012 (ROJ 3514/2012).
- STSJ de Madrid 668/2012, Sala de lo Social, Sección 4ª, de 18 de octubre de 2012 (AS 2012/2503).
- STSJ del País Vasco 944/2014, Sala de lo Social, de 13 de mayo de 2014, Recurso núm. 749/2014 (ROJ 22/2014).
- STSJ de Cataluña 5214/2015, Sala de lo Social, Sección 1ª, de 15 de septiembre de 2015, Recurso núm. 2299/2015 (ROJ 8313/2015).
- **Dirección General de los Registros y del Notariado**
 - IDGRN de 5 de octubre de 2010 (RCL 2010, 2624)
 - RDGRN de 18 de febrero de 2009 (RJ 2009, 1735)

OTROS

- Propuesta de bases generales para la regulación en España de la Gestación por Sustitución. Disponible en <http://www.sefertilidad.net/docs/grupos/etica/propuestaBases.pdf> consultado el 23 de octubre de 2017.
- YAÑEZ MORALES, A. C., “Propuesta de modelo de contrato de maternidad subrogada elaborado según los principios de la legislación civil ecuatoriana” (Facultad de Derecho de la Universidad de la Américas de Ecuador), 2013, pp. 60-63. Disponible en <http://dspace.udla.edu.ec/bitstream/33000/133/1/UDLA-EC-TAB-2013-30.pdf> consultado el 15 de noviembre de 2017.