



FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y JURÍDICAS DE ELCHE  
LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL

TRABAJO FINAL DE GRADO  
CURSO 2020/2021

Alumna: María Montes Jaén  
Tutor: Jesús Morant Vidal  
GRADO EN DERECHO

## **RESUMEN**

La gestación por sustitución es una práctica que se ha ido ejerciendo en países como EEUU, Rusia, Portugal, Grecia, Reino Unido y Ucrania, que afecta directamente a la maternidad y filiación. En nuestro país es un procedimiento que no está legalizado, pero ello no impide que tenga lugar por ciudadanos españoles en otros países, cosa que suscita múltiples problemas legales al encontrarnos con ellos en nuestro territorio como es la inscripción en el registro civil de los menores nacidos fruto de un contrato de gestación por sustitución.

En estas situaciones nos encontramos con intereses contrapuestos además del interés superior del menor, la libertad de la mujer, su dignidad en el sentido de la disposición y el uso de su cuerpo.

En definitiva, con este trabajo se pretende analizar los problemas que suscita la gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico y a su vez comparar la normativa española con la de otros países de nuestro entorno donde sí es una técnica legalizada.

**PALABRAS CLAVE:** Gestación subrogada, gestación por sustitución, maternidad, filiación

## **ABSTRACT:**

The surrogacy is a practice that has been exercising in countries like USA, Canada, Russia, Georgia, Greece, United Kindom and Ukraine, that affects directly to maternity and filiation. In our country, it is a non-legalised procedure. However, this does not prevent from Spanish citizens in other countries, which arouses multiple legal problems when we merge with them in our territory as the registration in the civil registry of the underage born from a surrogacy contract.

In these situations we find opposed interests beside the superior interest of the minor, the woman freedom, their dignity in the willingness sense and the use of their body.

In conclusion, with this work, it is expected to analyze the problems that provoke the surrogacy in our legal system and, at the same time, compare Spanish legislation with those from other countries of our surroundings where it is indeed a legal technique.

**KEY WORDS:** Surrogacy, maternity, filiation



## CONTENIDO

0. ABREVIATURAS.....	6
1. INTRODUCCIÓN.....	8
1.1 Objetivo.....	9
1.2 Metodología.....	9
2. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.....	10
2.1 Terminología y concepto.....	10
2.2 Las partes.....	12
2.3 Procedimiento.....	13
2.4 Motivación para acudir a la gestación por sustitución.....	14
2.5 Modalidades.....	16
3. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN ESPAÑA.....	18
3.1 Ley 14/2006.....	18
3.2 Código Civil.....	19
3.3 Código Penal.....	20
3.4 Instrucción 5 de octubre.....	21
3.5 Jurisprudencia española.....	22
3.6 Problemas encontrados.....	26
4. DERECHO COMPARADO.....	27
4.1 Países que prohíben la gestación por sustitución.....	27
4.1.1 Alemania.....	27
4.1.2 Francia.....	30
4.1.3 Suiza.....	31
4.1.4 Italia.....	33
4.2 Países sin regulación específica.....	35

4.2.1	Austria.....	35
4.2.2	Bélgica.....	37
4.2.3	Brasil.....	38
4.2.4	Irlanda.....	39
4.3	Legalidad altruista.....	40
4.3.1	Portugal.....	40
4.3.2	Reino Unido.....	43
4.3.3	Grecia.....	44
4.4	Legalidad total.....	46
4.4.1	Ucrania.....	46
4.4.2	Rusia .....	47
4.4.3	EEUU.....	4
5.	NECESIDAD DE REGULACIÓN.....	51
6.	CONCLUSIONES.....	54
7.	BIBLIOGRAFÍA.....	56





TEDH.....Tribunal Europeo de Derechos Humanos  
TRA.....Técnicas de reproducción asistida  
TS.....tribunal supremo



## 1. INTRODUCCIÓN.

En la actualidad hay gran variedad de técnicas de reproducción asistida que permiten, a las personas que necesiten la solución a sus problemas de esterilidad entre otros, la posibilidad de tener un hijo biológico. El presente trabajo se va a centrar sobre una de esas técnicas de reproducción asistida, la gestación por sustitución o gestación subrogada que nuestra ley de reproducción asistida contempla en su artículo 10.

El motivo que me ha llevado a escoger este tema para mi Trabajo de Fin de Grado es porque me parece un tema muy actual y controvertido, ya que podemos encontrar opiniones muy diversas al respecto y que tiene diferente tratamiento en los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno. Podemos considerarlo, como un tema muy polémico al entenderse como una práctica que afecta directamente a los intereses del menor, los de la gestante y los de los padres comitentes.

Por otro lado, también me parece muy interesante el tratamiento que tiene esta técnica de reproducción asistida en nuestro ordenamiento jurídico, con el cual yo siempre me he considerado de acuerdo. Además, quiero analizar la cuestión desde el punto de vista del derecho comparado, de esta forma pretendo cotejar las disposiciones legales de nuestro ordenamiento jurídico, donde es una práctica no legalizada, con la normativa propia de otros países donde sí que es una técnica legal. Cabe destacar que en España no hay una ley específica que regule la gestación por sustitución, aunque ha habido varias propuestas de ley que no han llegado a buen puerto. Esta falta de regulación tiene como consecuencia la imposibilidad de que ciudadanos españoles regularicen la situación de sus hijos nacidos mediante un contrato de gestación por sustitución, como es la determinación de la filiación dando lugar a trabas legales.

Estos problemas dejan de relieve la necesidad de una ley de gestación por sustitución que ponga las bases necesarias para regularizar la situación, o establezca los límites permitidos y requisitos conforme a los valores de nuestro ordenamiento jurídico para evitar lagunas legales y la desprotección del menor fruto de este tipo de contratos.

## **1.1 Objetivo**

Los objetivos de este trabajo en primer lugar es analizar el tratamiento que tiene en nuestro país la Gestación por sustitución, llevando a cabo para empezar, un análisis del concepto y la terminología empleada, las partes intervinientes en un contrato de gestación por sustitución y los motivos que llevan a las personas a acudir a este tipo de proceso. Dentro de esta primera parte entraremos en el ordenamiento jurídico español, analizando las disposiciones legales de nuestros textos normativos que impliquen un tratamiento sobre la gestación subrogada, al igual que algunos casos jurisprudenciales.

En la segunda parte del presente trabajo analizaremos los ordenamientos jurídicos de los países de nuestro entorno, y los clasificaremos en países que prohíben la gestación por sustitución, países sin regulación específica, países que la permiten en su modalidad altruista y por último los que la permiten tanto en su modalidad altruista, como comercial.

## **1.2 Metodología**

La principal metodología seguida será la consulta de los textos normativos existentes sobre gestación por sustitución en los distintos países de nuestro entorno, tanto en las legislaciones específicas si las hubiera, como en los Códigos Civiles, Códigos penales, y cualquier regulación sobre técnicas de reproducción asistida, reglamentos de registros civiles o Códigos de familia que traten sobre gestación subrogada. Nos interesa por lo tanto saber sobre temas, que, si bien no son específicamente gestación por sustitución, están en estrecha relación como la maternidad/paternidad, filiación y sobre técnicas de reproducción asistida.

También se incidirá en la jurisprudencia de cada país, analizando los casos más controvertidos y poner de relieve que solución dan al respecto los distintos tribunales.

## 2. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

### 2.1 Concepto y terminología.

En la realidad actual los avances tecnológicos y científicos han permitido un gran desarrollo en cuanto a las Técnicas de reproducción asistida (TRA), estas se pueden definir como “conjunto de métodos biomédicos, que conducen a facilitar, o sustituir a los procesos biológicos naturales, que se desarrollan durante la procreación humana”<sup>1</sup>. Por lo tanto, implican un conjunto de procedimientos para conseguir la gestación sin necesidad de mantener relaciones sexuales.

Entre estas técnicas de reproducción asistida se encuentra el objeto de este trabajo, la gestación por sustitución. Esta práctica es conocida con múltiples términos, ya sea gestación por sustitución, maternidad subrogada, gestación subrogada, subrogación o como comúnmente se le conoce, vientres de alquiler, aunque bajo mi punto de vista este es el concepto menos acertado pues puede considerarse ofensivo para la mujer gestante. En el presente trabajo nos vamos a referir a esta técnica como gestación por sustitución, ya que es el término escogido por la Ley 14/2006, de 26 de mayo, (LTRHA), por la jurisprudencia<sup>2</sup> y por la doctrina mayoritaria, al considerarse la más adecuada y neutra.

Por otro lado, hay autores que consideran que este término no es el idóneo, y que sería más adecuado referirse a él como *gestación para otro* o *acuerdo de gestación*, para englobar a las parejas homosexuales.<sup>3</sup>

Por su parte el término *maternidad subrogada* tampoco se considera correcto. Cuando se emplea el término *subrogación* hace referencia al proceso de gestación y al material genético aportado y Cabe destacar que con estas técnicas no siempre se da esa única situación, es decir no siempre es la gestante la que aporta el material genético. Se considera más correcto el término *sustitución* para matizar que se lleva a cabo la gestación para otra persona. De igual modo el término *maternidad*, no es correcto porque la gestante no será la futura madre, sino que simplemente llevara a cabo el proceso de gestación, como

---

<sup>1</sup> SANTAMARÍA SOLÍS, L., “Técnicas de reproducción asistida. Aspectos bioéticos”, pág. 37.

<sup>2</sup> Como la STS 247/2014.

<sup>3</sup> GONZÁLEZ VILAR, S., “La gestación subrogada en España y en el derecho comparado”, pág. 32

tampoco se puede subrogar la maternidad, sino que lo que se subroga es la gestación.<sup>4</sup> Por ello en este trabajo se va a emplear el término Gestación por sustitución o GS.

A grandes rasgos podemos definir la gestación por sustitución como un procedimiento consistente en que una mujer por contrato, acepta gestar el embrión de una pareja<sup>5</sup> y cuando la gestación llegue a término, se compromete a entregar el bebé a la pareja contratante, ya sea a cambio de una prestación económica o sin ánimo de lucro. Es importante destacar que mediante este contrato los padres contratantes asumirán la maternidad o paternidad del niño, y por su parte la madre gestante deberá renunciar a esta.

En la actualidad encontramos opiniones muy dispares respecto de este procedimiento, pues suscita muchos problemas jurídicos ya que entran en conflicto los derechos de la madre gestante, el interés superior del menor y morales al entenderse como una comercialización del cuerpo humano, lo que puede provocar conflictos éticos, antropológicos, entre otros, todos de gran relevancia.

En España la gestación subrogada no está permitida, si bien en determinados casos sí que han tenido validez y se ha podido inscribir la filiación en el registro civil cuestión que analizaremos más adelante.

Por su parte la realidad social actual, como la legalización del matrimonio homosexual, implica una demanda de la legalización de esta técnica de reproducción asistida o al menos una regulación específica que dé solución a los problemas que suscita. En efecto, los padres que acuden a un contrato de gestación por sustitución y que llevan a cabo este tipo de procedimientos en países donde si está permitido, luego pretenden legalizar la situación en España y se encuentran con la imposibilidad de hacerlo o grandes trabas para ello. Aunque cabe matizar que, para determinadas situaciones, nuestro ordenamiento jurídico contempla mecanismos legales que hacen posible que estas familias regresen a nuestro país con sus hijos nacidos fruto de un contrato de gestación por

---

<sup>4</sup> LAMM, E., “*Gestación por sustitución ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*”, pág. 25 y 26.

<sup>5</sup> Cabe matizar que no engloba exclusivamente a parejas, ya que también se contempla en algunos casos para hombres en solitario, aunque si es cierto que en determinados ordenamientos jurídicos solo se permite el acceso a las parejas.

sustitución, y que puedan realizar los trámites pertinentes para inscribir a sus hijos en el Registro Civil, e incluso obtener las prestaciones laborales al respecto<sup>6</sup>.

En la esfera internacional nos encontramos también con posturas contrapuestas. Hay países como EEUU, Rusia, Reino Unido, Ucrania, Grecia, y Portugal que permiten llevar a cabo en sus fronteras acuerdos de GS, tratándose por ello de una práctica permitida en beneficio de los derechos de los padres comitentes. Por su parte hay otros países, como es el caso de España, donde no hay una regulación concreta sobre esta técnica y cuyo ordenamiento se muestra contrario.

Es por ello que más adelante se analizarán los problemas que implica, las contradicciones con las que nos encontramos en nuestro ordenamiento jurídico y se comparará con el ordenamiento jurídico de otros países.

## 2.2 Las partes

En cuanto a las partes intervinientes en un contrato de gestación subrogada son la gestante, o la sustituta y los padres, ordenantes, comitentes, genéticos o padres de intención<sup>7</sup>. Las gestantes suelen ser personas ajenas a las parejas contratantes. Dicho vínculo o contrato suele surgir o entran en contacto mediante asociaciones, clínicas de fertilidad. Un ejemplo de asociación en España es Geslife que cuenta con intermediarios para realizar el proceso de gestación en países donde es una práctica legalizada, como INTERFIV clínica internacional de reproducción asistida ubicada en Ucrania (Kiev)<sup>8</sup>.

Cabe destacar que estas asociaciones han sido investigadas por la fiscalía pues según el Ministerio de Justicia “*se lucran mediante esta actividad ilegal que realizan en terceros países*” que “*negocian con el vientre de las mujeres*” y están “*traficando con menores*”<sup>9</sup>. La agencia SUBROGALIA ha sido demandada en varias ocasiones por clientes

---

<sup>6</sup> Según es.statista.com, entre los años 2010 y 2016 se registraron en España 948 niños nacidos mediante gestación por sustitución.

<sup>7</sup> <https://www.agar-asociacion.org/gestacion-subrogada/contrato/>

<sup>8</sup> <https://www.gestlifesurrogacy.com/gestlife-cl%C3%ADnica-propia-en-kiev-gestaci%C3%B3n-subrogada.html>

<sup>9</sup> <https://www.efe.com/efe/espana/sociedad/delgado-lleva-a-la-fiscalia-indicios-de-delito-en-agencias-gestacion-subrogada/10004-4041882>

insatisfechos que no consiguieron ser padres mediante un contrato de GS que acordaron con esta agencia. Esta ya cuenta con varias resoluciones en su contra<sup>10</sup>.

### 2.3 Procedimiento

En el procedimiento se emplean técnicas de reproducción asistida como la fecundación in vitro (FIV) o inseminación artificial (IA), ya sea con material genético de los ordenantes o acudiendo a donantes<sup>11</sup>.

Es relevante la distinción de ambas técnicas de reproducción asistida pues, en la *fecundación in vitro*, la fecundación se lleva a cabo en un laboratorio pudiendo emplear un óvulo y un espermatozoide de los padres comitentes, y de esta forma existiría un vínculo genético entre los padres y el futuro hijo en el caso de que se trate de una pareja heterosexual. Mientras que, en el caso de la *inseminación artificial*, el esperma se introduce en el interior del útero de la gestante, y de esta forma solo existiría un vínculo genético con uno de los padres comitentes.

En el caso de que se trate de una pareja homosexual solo existiría esa relación genética en cuanto al padre comitente que done su gameto, teniendo el otro comitente que acudir a un procedimiento de adopción para poder reconocer la relación paterno-filial. También cabe la posibilidad, de que la pareja comitente sea estéril o cualquier imposibilidad para concebir, ya que es una de las principales causas por la que se acude a este tipo de técnicas, y en ese caso no existiría vínculo genético alguno pues se emplearían los gametos de donantes.

Conforme a la procedencia del semen, la inseminación puede denominarse como *homóloga*- si se emplean los gametos del esposo o de la pareja- o *heteróloga*, si por el contrario se emplean los gametos de donantes<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> Como la la AP de Barcelona sentencia 10/2019 de 15 de enero. 2019.

<sup>11</sup> <https://aeges.es/maternidad-subrogada/>

<sup>12</sup> LAMM, E., “*Gestación por sustitución ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*”, pág. 53.

¿Por qué es relevante este vínculo genético? Por la posible aplicación de mecanismos legales que en el caso de que exista ese vínculo se puede ejercitar la acción de reclamación de la paternidad respecto de los padres biológicos<sup>13</sup>.

En nuestro ordenamiento jurídico si se contempla como una técnica de reproducción asistida en la Ley de reproducción asistida. Y aunque es una técnica prohibida, nos encontramos con muchas parejas que llevan a cabo estas técnicas en otros países donde se está legalizado.

#### **2.4 Motivación para acudir a la gestación por sustitución**

Son múltiples las causas que llevan a estas parejas a acudir a este procedimiento<sup>14</sup>:

- Infertilidad de la pareja.

La infertilidad de la pareja, como se ha dicho anteriormente, es una de las causas más comunes que lleva a las parejas a acudir a estas técnicas de reproducción asistida, por el deseo de tener un hijo biológico. La imposibilidad de tener descendencia puede suponer un gran desasosiego personal por el gran valor que se le da en el ámbito social y psicológico. Conforme a estudios recientes, el 15% de la población es infértil<sup>15</sup>, esto es ocasionado tanto por anomalías anatómicas y patologías que afectan a los órganos reproductivos, como que en la actualidad la edad a la que se decide tener hijos es cada vez más tardía, provocando posibles problemas para concebir.

- Dificultades con la adopción.

Como es el elevado tiempo de espera para adoptar a un niño en España, que según la asociación CORA (coordinadora de asociaciones de adopción y acogimiento) es de 6 a 8 años.

---

<sup>13</sup> Ley 14/2006 sobre Ley 14/2006, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, de 26 de mayo (Boletín Oficial del Estado núm. 126, publicado el 27 de mayo de 2006), art. 10.3.

<sup>14</sup> LANSORENA, I. Documental “*Surrogacy*”. Recuperado de: <https://www.unebook.es/blog/2019/07/30/libros-sobre-maternidad-subrogada/>

<sup>15</sup> GONZÁLEZ VILAR, S., “*La gestación subrogada en España y en el derecho comparado*”, Pág. 18.

Además, para adoptar en nuestro país es necesario cumplir con unos requisitos establecidos en el art 175 CC, tales como que al menos uno de los adoptantes debe ser mayor de 25 años, tener una diferencia de 16 años con el adoptado y no ser mayor de 45 años.

- Enfermedades o anomalías que ponen en riesgo la vida de la gestante o del embrión

Hay enfermedades que pueden poner en riesgo la vida del embrión o les sea difícil a las mujeres quedarse embarazadas como es el caso de que la gestante padezca del síndrome de ovarios poliquísticos, además de que cualquier embarazo corre el riesgo de sufrir un aborto. Otras enfermedades que pueden poner en riesgo al embrión son las enfermedades autoinmunes, enfermedades renales. Etc.

- Otros motivos

Como la incapacidad de procrear de las parejas con el mismo sexo o los hombres que desean ser padres en solitario.

En cuanto a los motivos por los que puedan llevar a una mujer a querer ser gestante<sup>16</sup> en un proceso de gestación por sustitución, podemos destacar:

- Motivos económicos.

En efecto, en la modalidad comercial de GS, que veremos en el apartado siguiente, los comitentes tienen que dar una compensación económica a la gestante por el servicio prestado. También se contempla satisfacer los gastos derivados del embarazo, así como en algunos países también se prevé el pago de los daños y perjuicios ocasionados por el parto, como los salarios dejados de percibir por la gestante.

- Motivos altruistas

El deseo de algunas mujeres de querer quedarse embarazada y ayudar de forma altruista y desinteresada a una pareja para que puedan formar una familia. Bajo mi punto de vista

---

<sup>16</sup> <https://babygest.com/es/razones-de-la-maternidad-subrogada/>

esta opción es más difícil de conseguir a no ser que sea dentro del ámbito familiar, o entre personas que tengan cierto vínculo afectivo.

## 2.5 Modalidades de gestación por sustitución

Una vez abordado el concepto y las principales causas que llevan a una pareja a acudir a esta técnica de reproducción asistida; vamos a proceder a explicar los diversos criterios clasificatorios de la gestación subrogada existentes en la actualidad.

Para empezar, cabe destacar que existen dos tipos de criterio en la clasificación. El que primero vamos a abordar es la concerniente al vínculo existente entre la madre y el embrión, es decir dependerá del material genético empleado. Y en segundo lugar también es relevante el factor monetario que da lugar a otra clasificación.

Por un lado, tenemos la *gestación tradicional*, ésta consiste en que la madre sustituta aporta su material genético, es decir su óvulo para la gestación, y el espermatozoide lo aporta o bien el padre contratante o un donante. El procedimiento empleado es la fecundación in vitro. Lo relevante de este tipo, es que si existe una relación genética entre la madre sustituta y el bebé<sup>17</sup>.

Por otro lado, está la llamada *gestacional*, en la que por contrario la gestante sustituta no aporta material genético, sino que se emplean los gametos de otras personas. De esta forma la gestante y el bebé no tienen vínculo genético. En cuanto al material genético empleado en este caso, se pueden emplear los gametos de ambos padres, dos gametos que provengan de donantes, o que uno de los padres aporte su gameto mientras que el otro se obtenga de un donante.

Por su parte teniendo el criterio monetario da lugar a la clasificación siguiente:

En primer lugar, la denominada gestación *altruista* en la que la sustituta a cambio de llevar a cabo la gestación no obtiene una remuneración económica, aunque los padres contratantes tendrán que suplir los gastos médicos y legales.

---

<sup>17</sup> <https://babygest.com/es/tipos-de-subrogacion/>

En segundo lugar, la gestación *comercial* en la que si hay una motivación económica de la gestante para llevar a cabo el proceso.

Es relevante llegados a este punto destacar que en algunos países solo está legalizada esta práctica en su modalidad altruista, como es el caso de Inglaterra, Portugal o Grecia, tema que analizaremos más adelante.

Bajo mi punto de vista, el tipo de gestación subrogada más ético sería su modalidad altruista, ya que al no haber una motivación económica no estaríamos en la situación de la comercialización del cuerpo humano, aunque siendo realistas, en la práctica me parece algo difícil de conseguir fuera de lo que es el marco familiar, en el caso de que la gestante se trate de una persona ajena a la familia y acepte llevar a cabo el embarazo de forma altruista y sin remuneración es algo más complicado de conseguir, y también de controlar que no se dé ningún tipo de remuneración y no se haga incumpliendo tal requisito.



### 3. GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL

#### 3.1 La Ley 14/2006

La Ley del 14/2006 sobre las técnicas de reproducción asistida o LTRHA, entró en Vigo el 27 de mayo de 2006. En relación con la GS encontramos el art. 10 establece que lo siguiente:

*“1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna en favor del contratante o de un tercero.*

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

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

Analizando este precepto, vemos que en cuanto al punto uno, nuestro legislador establece que los contratos de GS son nulos de pleno derecho ya sean onerosos o altruistas. Esto quiere decir que un contrato de GS no tendría ninguna validez ni eficacia jurídica, de esta forma la gestante no tiene obligación alguna de entregar al niño nacido tras este contrato, ni tendría la obligación de indemnizar a los contratantes. Mediante este apartado lo que se pretende es prohibir este tipo de acuerdos, quitándoles su eficacia para evitar que se celebren en nuestro país.

Por su parte, en el punto segundo el legislador establece que la filiación de los hijos nacidos mediante un contrato de GS se determinará por el parto, y en este sentido, en el punto tercero se establece el mecanismo legal de reclamación de paternidad del padre biológico. De esta forma se permite la posibilidad de que el padre biológico reclame la filiación, y se evita que el hijo se quede sin su filiación biológica paterna. Si bien hay que tener en cuenta que no se puede determinar directamente la filiación mediante este mecanismo legal, sino que se deberá acudir a los tribunales y reclamar la filiación según el procedimiento legal pertinente establecidos por los preceptos legales.

### 3.2 Código Civil

Por su parte en el Código civil<sup>18</sup>, también habla sobre nulidad de contrato en el caso de que este se establezca sin objeto, según el art. 1.261<sup>19</sup> será nulo todo contrato que se establezca sin el requisito de objeto cierto que sea materia de contrato. También tiene relación en este caso los artículos 1.271<sup>20</sup> y 1.272<sup>21</sup> pues estos establecen que no pueden ser objeto de contrato las cosas que están fuera del comercio de los hombres ni las cosas o servicios imposibles.

¿Pero que entendemos por objeto cierto? Según Albacar J.L, nuestra jurisprudencia y doctrina científica entienden que deriva de los artículos 1.271 y 1.272 los requisitos de utilidad para el acreedor, licitud, que se pueda valorar en dinero, determinado y que no esté fuera del comercio de los hombres, pero sobre todo que el objeto exista según el artículo 1.261.<sup>22</sup> Por lo tanto, es imprescindible que el objeto sea posible y real. En definitiva, el contrato de gestación por sustitución sería nulo, pues no está permitido en nuestro ordenamiento que las personas sean objeto de contrato.

También es relevante el art. 1.275<sup>23</sup> pues establece que los contratos sin causa o con causa ilícita, no produciría ningún efecto y afirma que la causa es ilícita cuando es contraria a las leyes y la moral.

La determinación de la filiación se regula en el art. 108 y ss. Hace referencia a la filiación matrimonial y no matrimonial.

---

<sup>18</sup> Real Decreto de 24 de julio de 1889 (Publicado en Gazeta de Madrid, núm. 206, de 25 de julio de 1889)

<sup>19</sup> Art. 1.261 CC: “No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1.º Consentimiento de los contratantes, 2.º Objeto cierto que sea materia del contrato y 3.º Causa de la obligación que se establezca”.

<sup>20</sup> Art. 1.271 CC: “Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras”.

<sup>21</sup> Art. 1.272 CC: “No podrán ser objeto de contrato las cosas o servicios imposibles”.

<sup>22</sup> AGUILERA SILVÁN, F. J., “El objeto como elemento esencial del contrato”. Obtenido de Noticias Jurídicas: <https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4648-el-objeto-como-elemento-esencial-del-contrato/>

<sup>23</sup> Art. 1.275 CC: “Los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral”.

La filiación matrimonial se determinará por la inscripción del nacimiento junto con la del matrimonio<sup>24</sup>.

En cuanto a la filiación no matrimonial según el art.120, se determina por el reconocimiento ante el encargado del registro civil, en testamento en otro documento público, por resolución, y por sentencia firme. Respecto a la madre, en la inscripción del nacimiento. Por lo que, partiendo de la filiación, la GS es contraria a nuestras disposiciones legales y se trata de un supuesto que no contempla nuestro ordenamiento, pues implica la renuncia de la gestante de su condición de madre, rechazando su filiación a favor de otra mujer que sería la madre legal.

### 3.3 Código Penal

En el Código Penal<sup>25</sup>, no se establece una sanción específica para los contratos de GS, pero si puede dar lugar a dos delitos tipificados en nuestro CP, como son los del art. 220 y 221. El art 220 establece lo siguiente, en concreto nos interesa sus puntos 1 y 2:

*“1. La suposición de un parto será castigada con las penas de prisión de seis meses a dos años.*

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

En el punto primero se castigaría al padre comitente que se apropia legalmente del hijo que pertenece a la gestante. (Según el art. 10.2 LTRHA). En el punto segundo se castiga la entrega a terceros del niño.

Y por su parte el art. 221 del CP: *1. Los que, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concurra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda,*

---

<sup>24</sup> Art. 115 CC: *“La filiación matrimonial materna y paterna quedará determinada legalmente: “1.º Por la inscripción del nacimiento junto con la del matrimonio de los padres y 2.º Por sentencia firme”.*

<sup>25</sup> Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, (Publicado en el BOE, núm. 281, de 24 de noviembre 1995).

*acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación, serán castigados con las penas de prisión de uno a cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a 10 años.*

En este caso se castiga la entrega de hijo mediante contraprestación económica.

Hay autores que defienden que un contrato de GS puede tener consecuencias muy graves y suponer penalizaciones entre 10.000 y 1.000.000 euros, a su vez puede implicar el cierre de centros donde tengan lugar las técnicas de reproducción asistida que se emplearon para la GS<sup>26</sup>.

### **3.4 La Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la Dirección General de Registros y el notario.**

Esta instrucción<sup>27</sup> establece los requisitos necesarios para inscribir al niño nacido por gestación subrogada con la finalidad de proteger el interés superior del menor. En este caso el interés superior del menor prevalece respecto de los demás derechos que quedan afectados por esta técnica de reproducción asistida.

Se establece el requisito previo de una resolución judicial en la que se determine la filiación del nacido, dictada por el órgano competente que debe presentarse ante el encargado del registro civil. Este requisito tiene la finalidad de asegurar la legalidad del procedimiento, como el cumplimiento de las exigencias para la perfección y contenido del contrato, que efectivamente la mujer gestante haya dado su consentimiento y que este no se encuentre viciado. También se establece con la intención de evitar la apariencia de contrato, encubriendo el tráfico internacional de menores. (Se fundamenta en el artículo 10.3 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo) Por lo cual el encargado del registro civil denegará la

---

<sup>26</sup> LAMM, E., “*Gestación por sustitución ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*”, pág.73

<sup>27</sup> Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, (Publicada en el BOE, núm. 243, de 7 de octubre de 2010, páginas 84803 a 84805.)

inscripción en caso de se solicite sin resolución judicial, reconocible incidentalmente o por exequátur.

Por consiguiente, son requisitos necesarios para que la filiación tenga cabida en el registro civil que uno de los progenitores tenga la nacionalidad española, que no se trate de una simulación de contrato para ocultar el tráfico internacional de menores y que no se haya lesionado el derecho del menor a conocer a sus padres biológicos.

Esta instrucción ha sido objeto de numerosas críticas por nuestra doctrina<sup>28</sup>.

### **3.5 Jurisprudencia española.**

Nuestra jurisprudencia por su parte ha rechazado esta argumentación de la Instrucción de la dirección general de registros. En concreto el Tribunal Supremo, se ha pronunciado respecto de esta postura, decretando que no se permite la inscripción del niño nacido mediante contrato de gestación subrogada. Dicha cancelación de la inscripción tiene como resultado la negación de la nacionalidad española y de sus efectos, aunque el tribunal recomienda que se busque un vínculo familiar mediante la reclamación de la paternidad del padre biológico pues recordemos que cabe la posibilidad de que se lleve a cabo la gestación con material genético del padre contratante. De esta forma se integraría al menor en la familia mediante acogimiento o adopción.

Vamos a destacar la Sentencia de 6 de febrero de 2014<sup>29</sup>. En cuanto a los hechos de este recurso, cabe decir que se trata de una pareja de varones que celebraron un contrato de gestación subrogada en California, tras el cual nacieron dos hijos. Dicha pareja consiguió el reconocimiento de la filiación en California e intentaron validarlo en España, cosa que el encargado del Registro Civil les denegó, alegando que suponía una infracción del art. 10 de la ley 14/2006. Los padres de intención interpusieron un recurso de casación ante la Dirección General de registros y el notariado, solicitando la revocación de la decisión del

---

<sup>28</sup> RUBIO TORRANO, E. Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil núm. 9/2011 parte Tribuna. Cit: “*La DGRN se aleja de la doctrina y de la solución contenida en la resolución de 18 de febrero de 2009 del Centro Directivo*”

<sup>29</sup> Tribunal Supremo. Sala de lo civil 247/2014. Núm. de Recurso: 245/2012, Núm. de Resolución: 835/2013; de 6 de febrero de 2014.

registrador y la inscripción de la filiación de sus hijos. Por su parte el Ministerio Fiscal impugnó el recurso de la Dirección General de registros y el notariado, interponiendo una demanda de juicio ordinario contra esta. La sentencia resultante estimaba la pretensión del Ministerio fiscal<sup>30</sup>. Se interpuso un recurso de apelación que fue desestimado<sup>31</sup> y el consiguiente recurso de casación que es el que nos ocupa.

El Tribunal Supremo sentó doctrina con su resolución, desestimando la pretensión de los recurrentes. De entre sus argumentos vamos a destacar los que los llevaron a tal decisión y que son los más relevantes.

En primer lugar, el objeto del procedimiento es determinar si procede el reconocimiento de la filiación en España, de los hijos nacidos mediante un contrato de gestación por sustitución, celebrado en EEUU con el pertinente reconocimiento de este último país.

El tribunal empieza afirmando que la existencia de una pluralidad de ordenamientos jurídicos, tiene como consecuencia que las relaciones jurídicas personales tengan diversas soluciones ante una misma cuestión. Y los ciudadanos tienen la posibilidad de elegir entre soluciones jurídicas diferentes. Esta decisión tiene un límite: el respeto al orden público. Este está compuesto por derechos fundamentales del título I de la Constitución española, como son el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1), la integridad física y moral (art. 15), la intimidad familiar (art. 18), el derecho a contraer matrimonio (art. 32), la protección de la familia y de los hijos (art. 39) y la protección de la infancia (art. 30.4) y el respeto a la dignidad (art. 10.1). Se hace hincapié, en que el reconocimiento de la filiación por criterios no biológicos no vulnera en si el orden público, pues en la realidad actual y con los avances en reproducción asistida se tienen en cuenta también otros tipos de factores como criterios de naturaleza social y cultural. De esta forma nuestro ordenamiento jurídico contempla otras formas como la adopción o la fecundación con donante, como determinantes de filiación. El Tribunal Supremo acaba matizando sobre este asunto que en nuestro ordenamiento jurídico *“no se permite que los avances en las técnicas de reproducción*

---

<sup>30</sup> Juzgado de 1ª instancia de Valencia núm.15. Sentencia núm. 193/2010, de 15 de septiembre.

<sup>31</sup> AP de Valencia, Sec. 10ª. ST núm. 826/2011 de 23 de noviembre.

*asistida vulneren la dignidad de la mujer gestante y del niño, permitiendo la gestación y la filiación, “cosificando” a la mujer gestante y al niño, permitiendo a determinados intermediarios realizar negocios con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en el que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza y creando una especie de “ciudadanía censitaria” en la que solo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría de la población”.*

En definitiva, se concluye este apartado afirmando que la decisión adoptada por los EEUU, que reconoce la filiación de dos niños nacidos por contrato de gestación por sustitución, es contraria al orden público español<sup>32</sup>, pues contradice sus preceptos legales, en concreto el art. 10 de la ley 14/2006 donde se establecen los contratos de gestación subrogada como nulos de pleno derecho y que la filiación se determina por el parto.

También se analiza la argumentación de los padres de intención respecto de que existe una discriminación por razón de sexo u orientación sexual.

En este apartado se pone de relieve que existe discriminación porque sí es posible la inscripción de los niños cuyos progenitores sean dos mujeres, en la que una se somete a un tratamiento de reproducción asistida y otra es su cónyuge. Este argumento también es desestimado por el Tribunal Supremo, pues a su juicio, se trata de situaciones totalmente diferentes y por ello tienen soluciones jurídicas distintas<sup>33</sup>. En efecto, el supuesto que alegan es diferente porque una de las mujeres aporta su gameto y la otra lleva a cabo la gestación. El Tribunal reitera que *“la causa de la negación de la inscripción de la filiación no es que los solicitantes sean ambos varones, sino que la filiación pretendida trae causa de una gestación por sustitución contratada por ellos en California”* y que por tanto *“la solución habría de ser la misma si los contratantes hubieran constituido un matrimonio homosexual integrado por mujeres, un matrimonio heterosexual, una pareja de hecho, o una sola persona, hombre o mujer”*.

La última cuestión que analiza la sentencia es la concerniente al interés superior del menor.

---

<sup>32</sup> Fundamento jurídico 3º. 10

<sup>33</sup> Fundamento jurídico 4º.2

El tribunal afirma que el interés superior del menor es un *“un concepto jurídico indeterminado y esencialmente controvertido”* pues se caracteriza por una gran variedad de opiniones al respecto ya que se define por las disposiciones legales de una forma genérica y abstracta, dando lugar a diferentes interpretaciones. De esta forma se razona que no debe invocarse tal cláusula genérica de forma arbitraria, ya que hay que tener en cuenta el conjunto de disposiciones normativas y los valores que imperan en la sociedad y en nuestro ordenamiento jurídico. La aplicación de esta cláusula general no puede contradecir los preceptos legales, sino que sirve para interpretarlos, aplicarlos y dar solución a sus lagunas<sup>34</sup>. También se establece que puede haber conflictos entre otros principios o derechos fundamentales, en este caso la dignidad, integridad moral de la mujer, y para encontrar una solución se debe hacer una ponderación de derechos para determinar qué derecho se está sobrepasando de sus límites<sup>35</sup>.

El Tribunal también se reconoce por un lado que el no reconocimiento de la filiación supone un perjuicio para la posición jurídica de los menores, pero, por otro lado, el reconocer una filiación que es contraria con los preceptos legales españoles también lo es. También hace hincapié en la vulneración de los derechos del niño que supone el ser objeto del tráfico mercantil, atentando contra su dignidad<sup>36</sup>. En cuanto al derecho de identidad única, el Tribunal desestima las sentencias internacionales alegadas por los recurrentes, pues no se dan esas circunstancias en el caso presente. No había una “vinculación efectiva” entre los menores y los EEUU, también que los derechos que entran en conflicto son distintos y de menor relevancia.

A pesar de todo el Tribunal permite el ejercicio de la acción de reclamación de paternidad al padre biológico, para la protección de los niños y salvaguardar la efectiva integración de los mismos al núcleo familiar.

---

<sup>34</sup> Fundamento jurídico 5º.3 y 6

<sup>35</sup> Fundamento jurídico 5º. 7

<sup>36</sup> Fundamento jurídico 5º. 8

### **3.6 Problemas encontrados.**

En definitiva, estas son los diferentes textos normativos que analizan a grandes rasgos la gestación subrogada en España, las conclusiones a las que llego es en primer lugar que no tenemos una legislación que regule el tema en profundidad, cosa que es muy necesario en la actualidad. Ha habido varias propuestas de ley por partidos políticos, pero todas han sido rechazadas. Entre ellas podemos destacar:

-La propuesta de Bases Generales para la regulación en España de la Gestación por Sustitución, de la Sociedad Española de Fertilidad. En abril de 2016

-La proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación del Partido Político de Ciudadanos. El 8 de septiembre de 2017.

En segundo lugar, puede considerarse contradictorio que por un lado la Ley de reproducción asistida prohíba la práctica de la gestación subrogada y por otro lado nos encontremos con la Instrucción de la Dirección general de registro que reconoce la filiación de los niños nacidos mediante estas prácticas. Esta variedad de puntos de vista solo implica desprotección e inseguridad jurídica tanto para los padres de intención como para el niño nacido de un contrato de GS. Tampoco hay que olvidar, que, a pesar de tal prohibición, la realidad actual es que los contratos de gestación por sustitución tienen lugar por ciudadanos españoles en otros países con una legislación más favorable, beneficiando al turismo reproductivo y, por consiguiente, en algunos casos se logra el reconocimiento de la relación paterno-filial entre los comitentes y los hijos nacidos mediante contrato de GS.

## 4. DERECHO COMPARADO

En cuanto al derecho comparado nos podemos encontrar varias posturas. En concreto nos encontramos con cuatro: por un lado, los países que tienen una ley específica de GS y que la permiten, por otro lado, los países que solo permiten esta práctica en su modalidad altruista concediéndola bajo determinados requisitos y condiciones, los países en los que no hay una regulación expresa y, por último, los países que prohíben la GS.

### 4.1 Países que prohíben la gestación por sustitución

#### 4.1.1 Alemania

La GS está prohibida en Alemania en virtud de la ley alemana de protección del embrión n. 745/90 de 13/12/1990<sup>37</sup>. Dicha ley en su art. 1.1 establece lo siguiente:

“Art. 1.- Utilización abusiva de las técnicas de reproducción.

1. *Será sancionado con una pena privativa de la libertad de hasta tres años o de una multa quien:*

- 1) *Procediera a transferir a una mujer el óvulo de otra;*
- 2) *Fecundara artificialmente un óvulo con fines distintos que los de iniciar un embarazo en la mujer de quien proviene el óvulo;*
- 3) *Procediera a transferir a una mujer más de tres embriones en un mismo ciclo;*
- 4) *Procediera a fecundar por transferencia de gametos intratubaria (GIFT) más de tres óvulos en un mismo ciclo;*
- 5) *Procediera a fecundar más óvulos de los que puede transferirse a una mujer en un mismo ciclo;*
- 6) *Retirara un embrión de una mujer antes de su implantación en el útero, con vistas a transferirlo a otra mujer o utilizando con un fin distinto al de su protección;*
- 7) *Practicara una fecundación artificial o transfiriera un embrión humano a una mujer dispuesta a abandonarlo en forma definitiva a terceros luego de su nacimiento.*

3. *No serán sancionadas:*

---

<sup>37</sup> Ley de protección del embrión, de 13 de diciembre de 1990, (Gaceta de Leyes Federales I p. 2746)

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

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

*4. En los casos contemplados en el párrafo 1, inc. 6 y párrafo 2, la tentativa es pasible de sanción penal”.*

Por lo tanto, en Alemania, se prohíbe cualquier técnica de GS, a su vez solo se permiten las técnicas de reproducción asistida como la FIV cuando la gestante emplea sus propios óvulos, pues se prohíbe la transmisión de óvulos de otras personas. También cabe destacar que no serán sancionadas las partes implicadas en un contrato de GS según el art. 1.3, ni la gestante, ni los padres comitentes.

A pesar de esta prohibición legal, los ciudadanos alemanes acuden a otros países con regulaciones favorables a la GS para llevar a cabo este procedimiento y también para la donación de óvulos. Nos encontramos por lo tanto con un escenario muy parecido en cuanto al tratamiento que tiene la GS en España y suscita los mismos problemas.

Por su parte la ley alemana de adopciones y de prohibición en la intermediación de la gestación por sustitución establece ciertas prohibiciones y sanciones en sus arts. 13.d y 14 y 14. b<sup>38</sup>:

En el art 13.d, se establece una prohibición al empleo de madres sustitutas. En el art 14 se establece sanciones a cualquier intermediario que publicite los servicios de GS, y en el art. 14.b, se sanciona con una pena de prisión de hasta dos años y multa a quien reciba una ventaja pecuniaria por el empleo de una madre sustituta, y si actúa comercialmente, la pena sería de hasta 3 años o multa. También se recalca que no tendrán ningún tipo de sanción ni las madres sustitutas, ni los padres comitentes.

Esta ley también establece en su art. 1, que llevar a cabo un contrato de GS, no contará como un procedimiento de adopción.

---

<sup>38</sup> Ley alemana de adopción y la prohibición de intermediación de la gestación por sustitución, 2 de julio de 1976, (Gaceta de Leyes Federales I p. 1752). Consultada en: [http://www.gesetze-im-internet.de/advermig\\_1976/BJNR017620976.html#BJNR017620976BJNG000302377](http://www.gesetze-im-internet.de/advermig_1976/BJNR017620976.html#BJNR017620976BJNG000302377)

¿Pero qué tratamiento tendría un contrato de GS en el estado germano en cuanto a la filiación? La regulación pertinente la encontramos en el CC alemán<sup>39</sup>, en el capítulo 5, título 2 sobre la ascendencia. La filiación del hijo nacido mediante un contrato de GS pertenece a la mujer que le dio a luz (art. 1591 BGB) y el padre sería quien esté casado con la madre del niño en el momento del nacimiento, a quien se le ha reconocido la paternidad o cuya paternidad haya sido determinada por un tribunal (art. 1592). Por lo tanto, los padres comitentes no ostentarán la filiación directamente, sin perjuicio de que puedan solicitarla ante un tribunal.

En cuanto a la jurisprudencia que podemos encontrar en Alemania, cabe destacar que en un primer momento la doctrina se mostraba contraria a reconocer las resoluciones judiciales extranjeras respecto a la GS, pues las consideraban contrarias al orden público.<sup>40</sup>

Pero hubo una sentencia de la Corte Federal de Justicia, en cuyo fallo se estimó el derecho de los padres comitentes para inscribir la filiación de su hijo en el correspondiente registro, ya que uno de los padres comitentes era quien había donado su gameto y por tanto era el padre biológico, mientras que el óvulo fue obtenido por una donante. De esta forma la gestante no tenía ningún vínculo genético y se procedió a reconocer la validez de la resolución judicial californiana<sup>41</sup>.

Este último pronunciamiento supuso una puerta abierta a la posibilidad del reconocimiento de resoluciones extranjeras en el caso de que haya un vínculo genético entre el hijo y los comitentes, aunque sigue habiendo discrepancia para otorgar el reconocimiento en el caso de que no exista dicho vínculo.

---

<sup>39</sup> *Burgerlinchen Gesetzbuch* (BGB), 18 de agosto de 1896, (Gaceta de Leyes Federales, p. 42, 2909; 2003 I P. 738). Consultada en:

<https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/BJNR001950896.html#BJNR001950896BJNG014603377>

<sup>40</sup> ST 396/09 de 26 de noviembre de 2009 del Tribunal Administrativo de Berlín, ST 413/12 de 1 de agosto de 2013 del Tribunal Regional Superior de Berlín, entre otras.

<sup>41</sup> ST 463/13 de 10 de diciembre de 2014.

#### 4.1.2 Francia

La GS tampoco es legal en Francia y no se considera una técnica de reproducción asistida. Esta prohibición la encontramos en el Código civil francés<sup>42</sup>.

En su art. 16.1 establece que el cuerpo humano no puede ser fruto de un derecho patrimonial. El art. 16.5 establece que son nulos los acuerdos que tengan por efecto conferir un valor patrimonial al cuerpo humano, sus elementos o sus productos. Por su parte el art. 16.7 se refiere específicamente a la GS, en concreto establece que cualquier acuerdo relacionado con la procreación o gestación en nombre de otros es nulo. Por lo tanto, cualquier contrato de GS en el territorio francés sería nulo de pleno derecho y no tendría validez.

En cuanto al Código Penal francés<sup>43</sup>, este no establece un artículo que se refiera a la gestación subrogada específicamente, pero nos encontramos con el art. 227.12 que dispone una pena de un año de prisión y 15.000 euros de multa para el intermediario que actúe entre la gestante y los padres comitentes y se matiza que, si esa intermediación se hace con ánimo de lucro, las penas se doblarán.

También el art. 227.13 que establece una pena de tres años de prisión y una multa de 45.000 euros para los casos de sustitución voluntaria, simulación o el encubrimiento que haya dado lugar a una vulneración del estado civil de un niño.

En definitiva, nos encontramos con una prohibición en el ámbito civil y penal, que está sancionada con penas de prisión o multa. Esta prohibición no impide que ciudadanos franceses acudan a otros países de su entorno para llevar a cabo un proceso de GS, al igual que ocurre con España y Alemania. De igual modo se encuentran con grandes trabas para reconocer la filiación de esos niños nacidos mediante un contrato de GS.

A continuación, vamos a analizar a grandes rasgos casos de GS y jurisprudencia que han ido ocurriendo en Francia.

---

<sup>42</sup>*Code civil. Versión consolidée. Consultado en:*  
[https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section\\_lc/LEGITEXT000006070721/LEGISCTA00006136059/#LEGISCTA000006136059](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070721/LEGISCTA00006136059/#LEGISCTA000006136059)

<sup>43</sup>*Code penal. Versión consolidée. Consultado en:*  
[https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section\\_lc/LEGITEXT000006070719/LEGISCTA00006149832/#LEGISCTA000006149832](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070719/LEGISCTA00006149832/#LEGISCTA000006149832)

Hasta el año 2013, el Tribunal Supremo francés ha ido rechazando la inscripción en los Registros consulares del estado civil francés las partidas de nacimiento de los niños nacidos de un contrato de GS. Un ejemplo de ello son los casos *Labasse y Mennesson*<sup>44</sup>. Ambos casos se trataban de parejas heterosexuales que llevaron a cabo un contrato de GS en California, y contaban con el reconocimiento de la paternidad legal de los padres de intención por el Tribunal supremo de California. Sin embargo, cuando acudieron al consulado francés, este les negó la transcripción del acta de nacimiento. Los padres comitentes acudieron a un proceso judicial del cual no tuvieron éxito. Finalmente acudieron al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) del que con fecha 26 de junio de 2014 falló a favor de los padres comitentes, alegando que se trataba de una vulneración del art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)

Tras la resolución del TEDH, el TS francés se pronunció en las Sentencias núm. 619 (14-21.323) y la núm. 620 (15-50.002) que implicaron un gran cambio jurisprudencial respecto de la GS y la inscripción de los niños nacidos mediante esta técnica.

Desde 3 de julio de 2015, se rectificó la jurisprudencia francesa, permitiendo la transcripción los certificados de nacimiento de los niños nacidos de un contrato de GS en el extranjero, siempre que se cumplan determinadas condiciones, como que dichos certificados no tengan irregularidades o falsificaciones.

#### **4.1.3 Suiza**

En la Constitución Federal de la Confederación Helvética de 1999<sup>45</sup>, se establece en su art. 119.2 que la donación de embriones y todas las formas de maternidad subrogada son ilegales. De la misma forma se impone esta prohibición en el art. 4 de la Ley federal suiza

---

<sup>44</sup> GARCÍA SAN JOSÉ, D (2018). “La gestación por sustitución y las obligaciones emanadas para los Estados parte en el Convenio Europeo de Derechos Humanos: repercusiones en el ordenamiento jurídico español del activismo y de la autolimitación judicial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con la gestación por sustitución”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 113, 103-130.

<sup>45</sup> Federal Constitution of Swiss Confederation, 18 de abril de 1999. Consultada en: <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19995395/index.html>

sobre reproducción medicamente asistida de 1998<sup>46</sup> y también se impone una pena de prisión o multa para toda persona que utilice una técnica de reproducción asistida en una madre subrogada. La misma sanción se aplicará a toda persona que actúe como intermediario de un contrato de GS. Por lo tanto, se imponen penas tanto a los comitentes como a los intermediarios.

En cuanto a las técnicas de reproducción asistida, en ambos textos legales se establece que pueden emplearse únicamente en caso de infertilidad o riesgo de transmitir una enfermedad grave. Y tampoco se permiten emplear más embriones que los necesarios para realizar la TRA.

Por su parte, el Código Civil Suizo<sup>47</sup>, establece en su art. 252.1 que la maternidad tiene lugar tras el parto, de esta forma la madre legal sería la gestante. En cuanto a la paternidad, en el art. 252.2 se establece para el hombre que esté casado con la madre. De igual forma en el punto tres del mismo artículo se establece la posibilidad de la adopción y el reconocimiento y declaración judicial de paternidad. (art. 260)

La jurisprudencia suiza, cabe destacar la ST del Tribunal administrativo de Cantón de Saint Gallen de 19 de agosto de 2014<sup>48</sup>, tras la cual se le reconoció la paternidad a una pareja homosexual que llevaron a cabo un contrato de GS en California. En este caso, la pareja había empleado el óvulo de la gestante y el espermatozoide de uno de los padres comitentes y contaban con una resolución judicial extranjera en la que la gestante y su cónyuge renunciaron a la filiación. Esta sentencia de Tribunal Cantón Saint Gallen fue recurrida frente al Tribunal Federal suizo, pues se consideraba que solo podía inscribirse el padre biológico conforme a la legislación suiza e inscribir a la madre gestante como donante anónima. Se dio lugar a una sentencia que reiteraba la prohibición de la GS, pero se reconocía la paternidad del padre de intención biológico que había aportado el gameto,

---

<sup>46</sup> Federal Act on Medically Assisted Reproduction, de 18 de diciembre de 1998.

Consultada en: <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/20001938/index.html>

<sup>47</sup> Schweizerisches Zivilgesetzbuch, de 10 de diciembre 1907. Consultada en:

<https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19070042/index.html>

<sup>48</sup> JIMENEZ MUÑOZ, F. J., “Una aproximación a la posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la gestación subrogada”. Pág. 46.

mientras que el otro padre no pudo acceder a la paternidad, ni adoptar al niño pues en Suiza no se permite la adopción de dos padres enlazados por unión de hecho<sup>49</sup>.

#### **14.1.4 Italia**

Italia es otro de los países donde se prohíbe la Gestación por Sustitución, además de que tienen un tratamiento de las TRA más restrictivo. En la ley núm. 40 del 19 de febrero<sup>50</sup> se establece en su art. 12.6 que quien realice, organice o publicite la comercialización de gametos o embriones o con la subrogación de la maternidad será sancionado con pena privativa de libertad de tres meses a dos años y con multa de entre 600.000 y un millón de euros. Por su parte también nos es de interés el art. 4.3 de la misma ley, el cual establece una prohibición de las técnicas de reproducción asistidas heterólogas.

Analizando estos dos artículos llegamos a la conclusión de que en Italia se prohíben los contratos de gestación por sustitución y por lo tanto se consideran nulos de pleno derecho, además de establecer una sanción para las personas que celebren dicho contrato en Italia. Cabe destacar que se condena tanto a los intermediarios como los padres comitentes y a la gestante. También se sanciona el uso de gametos ajenos a la pareja, es decir su obtención mediante donantes. De esta forma, podemos concluir en este aspecto, que en cuanto a las técnicas de reproducción asistida Italia impone más restricciones.

En cuanto al Código Civil Italiano<sup>51</sup> es de relevancia el art. 269 sobre la declaración judicial de paternidad y maternidad. Este establece que la maternidad se reconoce tras el parto y por su parte el art. 231, establece la paternidad de los hijos concebidos durante el matrimonio. En cuanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio pueden ser reconocidos por la madre y el padre en el acta de nacimiento, o con una declaración específica después del nacimiento o de la concepción, ante un funcionario del estado civil. (art. 254). Por lo tanto,

---

<sup>49</sup> ST administrativo de Cantón de Saint Gallen de 19 de agosto de 2014. Consultada en: <http://ww2.gerichte.sg.ch/home/dienstleistungen/rechtsprechung/verwaltungsgericht/entscheide-2014/b-2013-158.html>

<sup>50</sup> Ley que establece las reglas sobre la procreación médica asistida, (Publicado en el Boletín Oficial núm.45 de 24 de febrero de 2004). Consultado en: <http://www.parlamento.it/parlam/leggi/040401.htm>

<sup>51</sup> *Codice Civile*. Consultado en: <https://www.laleggepertutti.it/titolo-vii-della-filiazione>

los padres comitentes deberían acudir por la vía de la adopción para que se les reconozca la paternidad/maternidad<sup>52</sup>.

El tratamiento legal que tiene la GS en Italia promueve a las parejas italianas que desean un hijo biológico, a acudir al turismo reproductivo internacional. En cuanto al tratamiento que tienen este tipo de acuerdos de GS llevados a cabo en el extranjero, podemos destacar el asunto *Paradiso y Campanelli*<sup>53</sup>. Los hechos del caso son los siguientes: Una pareja italiana, Giovanni Campanelli y Donatine Paradiso, llevaron a cabo en 2010 un procedimiento de GS en Rusia. Las dificultades surgieron cuando los padres comitentes intentaron inscribir al niño nacido mediante ese acuerdo y el Encargado del Registro italiano se lo denegó, por lo que también les acusó de fraude de ley. Tras este suceso, la pareja decidió someter al niño a una prueba de ADN para determinar si había vínculo genético, pero la prueba determinó que no había vínculo alguno entre los padres comitentes y el niño. En el año 2011 se inició un proceso judicial en el Tribunal de Menores de *Campobasso* (Italia) donde se decidió quitarles la custodia a los padres comitentes. Estos apelaron la decisión, pero el fallo reafirmó la sentencia de primera instancia. Es entonces cuando el matrimonio decide interponer un recurso ante el TEDH, basándose en que el gobierno italiano estaba vulnerando el derecho fundamental del art.8 de CEDH. Finalmente, en el año 2015 el tribunal falló a favor de los padres, considerando que el gobierno italiano había vulnerado el interés superior del menor.

Finalmente, la Gran sala del TEDH volvió a pronunciarse sobre esta controversia en 2017, resolviendo de forma contraria. Se decidió que el gobierno italiano no había vulnerado el art. 8 de CEDH pues consideraron que los padres comitentes y el niño no habían establecido un vínculo familiar en tan poco tiempo. También se tuvo en cuenta que carecían de vínculo genético. Por ello se determinó que la actuación del gobierno italiano fue la acertada.

---

<sup>52</sup> El procedimiento de adopción se contempla en la Ley de 4 de mayo de 1983.

<sup>53</sup> RUIZ MARTÍN, A. M.,” El caso Campanelli y Paradiso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: El concepto de familia de facto y su aportación al debate de la gestación por sustitución”. Pág. 781 y ss. Publicado en Cuadernos de Derecho Transnacional.

A pesar de todo ello, la doctrina mayoritaria en Italia falla a favor del reconocimiento de los acuerdos de GS realizados en el extranjero. Un ejemplo de ello son las sentencias del tribunal de lo civil de segunda instancia de Bari de 13 de febrero de 2009 y ST del tribunal de lo civil de primera instancia de Nápoles de 1 de julio de 2011.

## **4.2 Países que no tienen una regulación expresa de gestación por sustitución**

### **4.2.1 Austria**

En Austria no hay una regulación específica de GS, que permita o que prohíba dicha técnica. La ley de medicina reproductiva 275/1992 regula las TRA<sup>54</sup>. En concreto cabe destacar, el art. 2 que establece los requisitos para la reproducción asistida la cual solo se permite en el matrimonio, pareja de hecho o pareja civil. También se debe haber empleado todos los métodos necesarios para inducir al embarazo mediante relaciones sexuales. Como último requisito, la imposibilidad de concebir de la pareja o que exista un grave riesgo en el embarazo por enfermedad. En Austria solo se permite emplear los gametos de los cónyuges o pareja (reproducción homóloga), mientras que la reproducción heteróloga solo se permite utilizar el semen de un donante, cuando el cónyuge es infértil, y solo se permite emplear óvulos de una donante si la mujer tiene óvulos infértiles teniendo menos de 45 años.

Centrándonos en la GS, hay que poner de relieve el Código civil austríaco<sup>55</sup>, que establece en su art. 143 que la maternidad se determina por el parto, de esta forma se consideraría a la gestante como madre legal. En cuanto a la paternidad, existe una presunción de paternidad para el hombre casado con la madre en el momento del nacimiento del hijo o cuando murió como esposo no antes de los 300 días antes del nacimiento del niño. De igual forma también cabe determinar la paternidad mediante un

---

<sup>54</sup> Ley de Medicina Reproductiva, “*Bundesgesetz mit dem Regelungen uber die medizinisch unterstützte Fortpflanzung getroffen*”, de 4 de junio de 1992, (Gaceta de Leyes Federales, núm. 275/1992). Consultado en: <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10003046>

<sup>55</sup> Código Civil austriaco, “*Allgemeines burgerlinch gesetzbuch*” 946/1811, 1 de junio 1811. (Gaceta de Leyes Federales). Consultado en: <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10001622>

reconocimiento de esta o establecida judicialmente. El supuesto de una pareja homosexual formada por mujeres también se regula en el art. 144.2, el cual establece la filiación a la madre que ha concebido un hijo mediante una procreación medicamente asistida. Si bien solo permite en una pareja homosexual formada por mujeres que el embarazo tenga lugar en una de las dos mujeres (art. 2.2.3)

En cuanto a jurisprudencia, cabe destacar las decisiones del TEDH, respecto a la donación de gametos (heteróloga) para la fertilización in vitro<sup>56</sup>. La gran sala determinó que no se violaba el derecho al respeto de la vida familiar, ni hay discriminación en la prohibición de la donación de gametos para llevar a cabo una fertilización in vitro. Aunque en esta sentencia del TEDH en concreto, no se trata específicamente la GS, sí fue muy criticada por considerar que fomenta el turismo reproductivo, pues la gran sala destacó la posibilidad de que a pesar de que se prohíbe en ciertas circunstancias la reproducción homóloga, se contempla la posibilidad de que se acuda al extranjero para llevar a cabo procedimientos que no se contemplan en Austria., cosa que se lleva a cabo también con la GS.

Por otro lado, también cabe destacar la sentencia dictada por el Tribunal constitucional austriaco el 29 de noviembre de 2012<sup>57</sup>, consistente en un caso de GS en Austria. La cual concedía la nacionalidad austriaca a dos niños nacidos fruto de un contrato de gestación por sustitución, de padres austriacos que contaban con una resolución judicial extranjera que les reconocía la filiación de los niños. El problema surgió cuando la madre de intención solicitó la prestación de maternidad, cosa que el Ministerio del Interior austriaco le denegó, alegando que la GS estaba prohibida en Austria y que la resolución judicial que les reconocía la filiación no era válida. Por su parte el TC determinó que la decisión del ministerio del interior no era correcta por cuatro motivos:

El primero, que la resolución judicial que les reconocía la filiación era válida pues era conforme a las disposiciones del Derecho Internacional Privado. En segundo lugar, se consideró que no se vulneraba el orden público porque la Ley 275/1992, no prohíbe específicamente la GS y tampoco tiene estatus constitucional, ni ampara derechos

---

<sup>56</sup> ST de 3 de noviembre de 2011. Caso S.H y otros contra Austria. Consultada en: [https://www.vfgh.gv.at/downloads/VfGH\\_G\\_66-12\\_\\_G\\_67-12\\_StaatsbuergerschaftsG.pdf](https://www.vfgh.gv.at/downloads/VfGH_G_66-12__G_67-12_StaatsbuergerschaftsG.pdf)

<sup>57</sup> *Verfassungsgerichtshof* G 66/12/ de 29/11/2012.

fundamentales. En tercer lugar, se dispuso que no se puede obligar a la gestante, contra su voluntad a ser la madre legal los niños. Y por último que la decisión del Ministerio del interior fue injusta pues, no se tuvo en cuenta en la situación de vulnerabilidad que se dejaría a los niños, perjudicando el interés superior del menor.

#### 4.2.2 Bélgica

Bélgica carece de legislación en el ámbito de la GS, no hay ninguna disposición que la prohíba ni que la permita. La ley sobre la reproducción medicamente asistida no establece nada al respecto de la GS. Por ello es más flexible a la hora de tolerar la gestación por sustitución en su modalidad altruista. Pero cabe destacar que, a pesar de que no haya una prohibición expresa, un contrato de GS se considera nulo de pleno derecho debido al objeto y su causa, al igual que en España, ya que no se permite comercializar con el cuerpo humano, ni con la filiación o maternidad. Ello se pone de relieve en los art. 1128 y 1163 del Código Civil belga<sup>58</sup>, que establece que es requisito imprescindible en un contrato que el objeto sea lícito, cierto y posible.

Como consecuencia de esta nulidad un contrato de GS no tiene validez, ni podría declararse ante los tribunales. De esta forma la gestante no estaría obligada a entregar al niño nacido por GS y los padres comitentes no tendrían derecho a solicitar ningún tipo de indemnización o reclamación.

Hay que tener en cuenta también que en virtud del CC belga, la maternidad se concede a la mujer que dio a luz, por ello la madre legal sería la gestante. En cuanto a la paternidad, se establece para el esposo de la mujer que da a luz al niño (art. 315 CC). De esta forma en el caso de que la gestante esté casada, el padre comitente deberá iniciar un proceso de adopción para que se le reconozca la paternidad.

En cuanto a las parejas homosexuales, no se les garantiza el reconocimiento de la paternidad, aunque si existe un vínculo genético, el padre que donó el gameto podría adoptar en el caso de que la gestante no esté casada, o reconocer la paternidad. En este

---

<sup>58</sup> Código Civil Belga, “*Code Civil*” de 21 de marzo 1804. Consultado en: [https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section\\_lc/LEGITEXT000006070721/LEGISCTA000032006712/2017-04-27/#LEGISCTA000032006712](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070721/LEGISCTA000032006712/2017-04-27/#LEGISCTA000032006712).

sentido cabe destacar la sentencia de apelación de Lieja de 6 de septiembre de 2010<sup>59</sup>. La cual reconoció la paternidad de uno de los padres de una pareja homosexual, al no estar casada la madre gestante y con el añadido de que el padre de intención compartía material genético. De esta forma el padre comitente estaba habilitado para ser reconocido como padre legal de las niñas que nacieron frutos de un contrato de GS. En cambio, para el otro padre de intención no se pudo reconocer la paternidad biológica y debía hacerse mediante la adopción.

#### **4.2.3 Brasil**

Brasil es otro de los países que carece de una regulación específica sobre GS. No es una práctica prohibida ya que no se regula ni en el Código Civil brasileño, ni en la constitución, ni se contemplan disposiciones en el código penal, por lo que tampoco se impone ninguna sanción. Por ello se contempla su realización en su modalidad altruista, y no en su modalidad comercial pues se contempla en la Constitución brasileña<sup>60</sup> una prohibición de comercializar con el cuerpo humano (art. 199. 4)

A pesar de no haber regulación específica sí que cuenta con un conjunto de normas éticas y reglas para orientar la actuación de las clínicas y los médicos respecto de las TRA. Estas normas se recogen en una resolución dictada por el Consejo Federal de Medicina (CFM)<sup>61</sup>.

Ha habido varias derogaciones, y la resolución más reciente es la núm. de 2168/2017, de 21 de septiembre. La GS se regula en su epígrafe VII y en primer lugar se disponen los supuestos en los que se puede acceder a la misma. Esto es cuando existe algún problema médico que impida el embarazo, en una unión del mismo sexo o en el supuesto de una persona sola.

---

<sup>59</sup> Sentencia de apelación de Lieja de 6 de septiembre de 2010: arret n° 2010/RQ/20 *de cour d'appel*, Liège, 6 de septiembre de 2010.

<sup>60</sup> Texto constitucional promulgado el 5 de octubre de 1988, Consultado en: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)

<sup>61</sup> Resolución CFM N ° 2.121, publicada en el DOU. de 24 de septiembre de 2015, Sección I, pág. 117.

Otro de los requisitos que se establecen en su apartado primero, es que la gestante debe pertenecer al núcleo familiar de alguno de los padres de intención (hasta el cuarto grado). Si la gestante no perteneciera al núcleo familiar, requerirá la autorización del CRM. De esta forma se aseguran de que la gestación sea gratuita, aunque cabe destacar que en el punto segundo se dispone la imposibilidad de que sea comercial.

Por último, en su apartado tercero se establecen los documentos necesarios para llevar a cabo el procedimiento. Estos son un formulario de “consentimiento informado firmado por los padres comitentes y la gestante, que cubra los aspectos biopsicosociales y los riesgos involucrados en el embarazo, así como los aspectos legales de la filiación; un informe médico con el perfil psicológico, que acredite la adecuación clínica y emocional de todos los involucrados; Término de Compromiso entre los comitentes y la gestante, estableciendo claramente el tema de la afiliación del niño; Compromiso por parte de los comitentes de los servicios de SG, tratamiento y seguimiento médico, incluso por equipos multidisciplinarios, de ser necesario, con la madre que entregará temporalmente el útero, hasta el parto; Compromiso del registro civil del niño por parte de los pacientes (padre, madre o padres genéticos), y esta documentación debe ser aportada durante el embarazo; Y aprobación del cónyuge o pareja, presentada por escrito, si el cedente temporal del útero está casado o vive en unión estable.”

#### **4.2.4 Irlanda**

Irlanda es otro de los países que carecen de una legislación específica de GS y esto tiene como consecuencia que se lleven a cabo este tipo de acuerdos en las fronteras de Irlanda y en países extranjeros.

En 2005 el Comité de reproducción humana asistida (CAHR) estableció un informe que ponía de relieve la necesidad de una regulación en materia de GS, ya que tanto los gestantes como los niños nacidos por GS se encuentran en una situación de desprotección e incertidumbre respecto de si podrán regularizar su situación en Irlanda. En dicho informe no se admite la GS en su modalidad comercial, dando pie únicamente a la gestación altruista. Sin embargo, si se contempla que los comitentes sufraguen los gastos derivados del embarazo de la gestante. En cuanto a la gestante, se establece la condición de que tenga

18 años y no supere la edad máxima reproductiva de la mujer. Este informe no ha tenido incorporación legislativa hasta la fecha, encontrándose Irlanda con un vacío legal con la inseguridad jurídica que ello supone.

En cuanto a la legislación irlandesa, no encontramos ningún precepto legal que afirme que la maternidad se dispone para la mujer que dio a luz, pero cabe destacar lo establecido por el departamento de justicia e igualdad que en 2012 realizó un informe para resolver cuestiones sobre los niños nacidos mediante GS. De ello se desprende que la maternidad se reconoce a la mujer que dio a luz al niño, de esta forma la gestante sería la madre legal del niño.

En cuanto a la paternidad, se establece una presunción a favor del esposo de la gestante. En el supuesto de que no haya esposo, se considerará padre al que aparezca en la partida de nacimiento. De esta forma se podría considerar al comitente como padre biológico. El otro comitente encontrará más problemas para que se le reconozca. En cuanto a la vía de la adopción, el estado irlandés no garantiza la obtención de dicho vínculo, pues no se permiten las adopciones privadas<sup>62</sup>.

### **4.3 Legalidad de la GS solo en su modalidad altruista**

#### **4.3.1 Portugal**

El 22 de agosto de 2016 se publicó la ley 25/2016 en Portugal<sup>63</sup>, que establece una regulación sobre el acceso a la GS, disponiendo su legalidad en la modalidad altruista. Con dicha ley se modifican disposiciones de la ley 32/2006 de 26 de julio.

Las personas que pueden acceder a un procedimiento de GS en Portugal, son las parejas heterosexuales y las parejas homosexuales, solo de mujeres, y las mujeres solas. (art. 6) Dejando al margen a las parejas formadas con hombres o hombres en solitario, a los cuales no se les permite acceder a esta técnica de reproducción asistida.

---

<sup>62</sup> VILAR GONZÁLEZ, S. “*La gestación subrogada en España y el derecho comparado*”. Pág. 189-192.

<sup>63</sup> Ley N ° 25/2016, de 22 de agosto de 2016. (Publicación: Diário da República núm. 160/2016, Serie I del 22-08-2016).

Solo se puede acceder a la GS, en su modalidad altruista (art. 8.1) y en los supuestos de existencia de alguna enfermedad o anomalía que imposibilite el embarazo (art. 8.2). En cuanto a los gametos que se pueden emplear para el procedimiento, únicamente se pueden utilizar mediante TRA, los gametos de los comitentes o de al menos uno de ellos, y por el contrario no se permite la utilización del óvulo de la gestante. (art. 8.3). Esta decisión a mi parecer, surge como resultado de evitar que haya in vínculo genético entre la gestante y el niño, y favorecer de esta forma que se pueda reconocer la filiación en los países de origen, ya que en muchos países es relevante la existencia de relación genética.

Para iniciar este procedimiento será requisito indispensable, contar con la autorización del Consejo Nacional de Procreación Médica Asistida que será el órgano que supervise todo el proceso. También cabe poner de relieve que solo se podrá realizar en las clínicas autorizadas para ello, (Art. 8.4).

Como ya hemos mencionado con anterioridad, solo se permite la GS en su modalidad altruista, estableciéndose una prohibición de cualquier contraprestación a cambio, aunque si se contempla que los comitentes sufraguen los gastos derivados del embarazo de la gestante, como el control de salud, el transporte etc. (art. 8.5). También se impondrán sanciones para quienes lleven a cabo el proceso de gestación fuera de los centros autorizados (art. 34), para quien celebre un contrato de GS de forma onerosa o bajo una relación de subordinación económica y para quien celebre dicho contrato fuera de los supuestos de los art. 8.2 y 8.6. Estas sanciones se impondrán tanto para los comitentes como para la gestante, aunque para la gestante solo se contempla una multa de 120 días, mientras que para los comitentes se impone una pena de prisión. También se contempla una sanción de 2 años de prisión para quien publicite un procedimiento de GS lucrativo o bajo una relación de subordinación económica (art. 39.5), y 5 años para quien obtenga beneficio de la promoción, invitación directa o intermediación de dicho contrato lucrativo. (art. 39.6).

Por último, cabe destacar que se establece el requerimiento de que exista un contrato escrito entre la gestante y los comitentes. Este contrato estará supervisado por Consejo Nacional de Procreación Médica Asistida, sus disposiciones serán vinculantes y de obligatorio cumplimiento. También se establece que el contrato no puede disponer de restricciones o normas que vulneren los derechos de la gestante.

Toda esta normativa tiene como consecuencia, que los niños nacidos por GS bajo un contrato altruista, se reconocerán como hijos de los beneficiarios, estos serán los padres legales.

A pesar de esta regulación, el Código civil portugués sigue estableciendo que la filiación se determina a favor de la mujer que da a luz (art. 1796.1). Y en cuanto a la paternidad, nos encontramos con la tradicional presunción de paternidad para el esposo de la gestante (art. 1796.2). También se contempla la posibilidad de impugnar la paternidad mediante la acción judicial de impugnación de la maternidad o paternidad. (art. 1.807 y 1838)

El 31 de julio de 2017 se estableció el reglamento 6/2017 con el cual se desarrolla la ley 25/2016, ya entrando en vigor la legalidad de la GS en Portugal. Pero en fecha 18 de septiembre de 2019 se declaró inconstitucional (por segunda vez) la ley 25/2016, en concreto lo concerniente al art. 14, que establece una *“limitación de la posibilidad de revocar el consentimiento de la gestante al inicio de los procesos terapéuticos de procreación médicamente asistida”*<sup>64</sup>. El tribunal consideró que se vulneraba el derecho de la gestante al desarrollo de la personalidad y el derecho de fundar una familiar, al evitar que pueda revocar su consentimiento al dar a luz, generando una situación de desprotección.

Finalmente, el texto normativo fue llevado ante el parlamento portugués, para acordar la posible corrección del mismo, cosa que no fue posible al no haber sido superados los trámites parlamentarios. Por lo que no se dio respuesta a las recomendaciones del Tribunal constitucional<sup>65</sup>.

La declaración de inconstitucionalidad de la ley 25/2016, provocó que muchas parejas que iniciaron un proceso de gestación por sustitución, se encontraran en un estado de incertidumbre e inseguridad jurídica<sup>66</sup>, a pesar de que finalmente el texto legal siguió vigente sin modificaciones.

---

<sup>64</sup> <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/imprensa0200-bd5315.html>

<sup>65</sup> MARTIN DEL BARRIO, J. “La ley portuguesa de vientres de alquiler, declarada inconstitucional por segunda vez”. *El país*, 19 de septiembre de 2019. Disponible en: [https://elpais.com/sociedad/2019/09/19/actualidad/1568881037\\_943374.html](https://elpais.com/sociedad/2019/09/19/actualidad/1568881037_943374.html)

<sup>66</sup> Diario digital: *Público*, 19 de septiembre 2019. “La decisión judicial dejó en el limbo a las parejas que ya habían iniciado los trámites, una de ellas de nacionalidad española,

### 4.3.2 Reino Unido

En 1985 entró en vigor en Reino Unido una Ley de Acuerdos de Subrogación que establecía la legalidad de la GS en su modalidad altruista<sup>67</sup>. Dicha ley sufrió varias modificaciones a través de la Ley de embriología y fertilización humana de 1990 y de 2008. Y de entre las modificaciones cabe destacar que se concedió a la gestante la posibilidad de arrepentirse y poder quedarse al niño, incluso después de dar a luz.

Al permitirse solo en su modalidad altruista, se prohíben los contratos de GS que sean retribuidos, (art. 2), además de establecer penalizaciones para su publicidad e intermediación. Si bien sí se contempla que los comitentes paguen los gastos derivados del embarazo a la gestante. También es relevante poner de relieve que los acuerdos de gestación por sustitución no tendrán validez, ni serán vinculantes para las partes, de ello se desprende en su art. 1<sup>68</sup>.

Según la ley de embriología y fertilización humana de 2008<sup>69</sup>, se considera a la mujer que da a luz la madre legal del niño (art. 33), de igual forma se considerará el padre legal el marido de esta. (art. 35).

En el caso de que la gestante no esté casada, el comitente que aportó su gameto será considerado como padre del niño (art. 36)

Para que los padres comitentes sean considerados padres legales, deberán interponer una solicitud de paternidad u orden parental ante el juzgado correspondiente para que se le

---

*aunque se permitió que siguiera adelante el único caso en el que había empezado el tratamiento médico, en el que la mujer finalmente no consiguió quedarse embarazada”*

<sup>67</sup> Ley de acuerdos de subrogación de 1985, (The National Archives, Her Majesty's Stationery Office - [www.legislation.gov.uk](http://www.legislation.gov.uk)). Consultada en:

<https://translate.google.com/translate?hl=es&sl=en&u=https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/49&prev=search&pto=aue>

<sup>68</sup> Ley acuerdos de subrogación, art. 1.F5: *“Los acuerdos de subrogación no se pueden hacer cumplir. Ningún acuerdo de subrogación es ejecutable por o contra cualquiera de las personas que lo hacen”*.

<sup>69</sup> Human Fertilisation and Embryology Act 2008, (The National Archives, Her Majesty's Stationery Office - [www.legislation.gov.uk](http://www.legislation.gov.uk)). Consultada en:

<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/contents>

otorgue judicialmente. (art. 54.1) Si bien, deberán esperar 6 meses a partir del nacimiento del niño, pues es el plazo que se le concede a la gestante para que decida si entrega al niño (art. 54.3). Los padres comitentes solo podrán interponer la orden parental si cumplen determinados requisitos del art. 54. Estos son que al menos uno de los comitentes debe haber aportado su material genético, cosa que se puede probar mediante una prueba de ADN. En el caso de que ninguno de los comitentes tenga relación genética con el niño, solo podrán acudir a la vía de la adopción. Solo podrán solicitar la orden parental las parejas casadas, las constituidas por unión civil, o personas que conviven como pareja en una relación duradera, de esta forma, se deja al margen a las personas en solitario. También se exige al menos uno de los comitentes esté domiciliado en Reino Unido y el consentimiento tanto de la gestante, como del marido de esta si tuviera.

En cuanto a casos jurisprudenciales, vamos a destacar el llamado *Re X and Y*, de 2008. Se trata de una pareja que llevo a cabo un acuerdo comercial de gestación por sustitución en Ucrania, en el que se emplearon el ovulo de una donante y el esperma del padre comitente. El juez, le otorgó la orden parental a pesar de tratarse de un acuerdo comercial, en base al interés superior del menor que se considera prevaleciente<sup>70</sup>.

### 4.3.3 Gracia

La GS en Grecia se regula en dos leyes: la ley 3089/2002 sobre asistencia médica en la reproducción humana<sup>71</sup> y la 3305/2005<sup>72</sup> que modifican los arts. 1455 y ss. Del Código Civil griego <sup>73</sup>(CCG), los cuales establecen la legalidad de la GS altruista en Grecia.

Se modificó el art. 1455 CCG, por el que se establece una serie de requisitos para los comitentes y para la gestante. En primer lugar, cabe destacar que no se permite la utilización de los óvulos de la gestante, sino que únicamente se podrán emplear los gametos de los comitentes o de donantes. Se necesitará una autorización judicial para poder iniciar el proceso de gestación y debe obtenerse antes de transferir los óvulos. También cabe poner

---

<sup>70</sup> LAMM, E. “*Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*”. Pág. 142.

<sup>71</sup> Greek law 3089/2002, on medically assisted reproduction, de 19 de diciembre de 2002.

<sup>72</sup> Greek law 3305/2005, on the application of assisted reproduction techniques, de 27 de enero de 2005.

<sup>73</sup> Greek civil code, 23 de febrero de 1946.

de relieve en este sentido, que solo podrá iniciar el proceso judicial para aprobar el acuerdo de GS la madre comitente.

Será necesario también suscribir un acuerdo escrito entre los comitentes, la gestante y su esposo en caso de que tuviera, dejando patente su consentimiento y que el acuerdo es sin ánimo de lucro. De esta forma, se prohíbe el contrato de GS oneroso, aunque si se prevé que se sufraguen los gastos necesarios del embarazo como los gastos médicos y hospitalarios, así como también deberán abonarle los daños y perjuicios derivados de los salarios dejados de percibir por causa del embarazo.

En cuanto a las personas que pueden acceder a este proceso, según el art. 1456 del CCG, son las parejas heterosexuales casadas, o con unión civil y las mujeres en solitario. Por lo tanto, no pudiendo someterse a este procedimiento, las parejas homosexuales, ni los hombres en solitario.

En 2014, se introdujo una novedad en la legislación de GS, ya que en 2002 se establecía que solo podían acceder a este procedimiento si la gestante y los comitentes residían de forma permanente en Grecia, dejando al margen a las parejas extranjeras poder acceder a la GS en Grecia. Pero tras la última modificación de la ley, se permite acceder al procedimiento a los residentes temporales, abriendo la puerta a los extranjeros a someterse a estos contratos.

En definitiva, estamos ante un procedimiento donde se exige un contrato escrito y una autorización judicial para poder iniciar el proceso de gestación, de esta forma, estos acuerdos una vez aprobados son de obligatorio cumplimiento y vinculantes para las partes. Con ello se reconoce la maternidad de la madre de intención y la paternidad del padre de intención.

#### **4.4 Legalidad GS, tanto altruista como comercial**

##### **4.4.1 Ucrania**

Es uno de los países con la legislación más liberal en cuanto a la gestación por sustitución. Si bien, no encontramos ningún precepto específico que regula su modalidad

comercial, pero al no prohibirse expresamente se considera legal. (en virtud del art. 627 CC.)

El art. 123.2 del Código de familia<sup>74</sup> establece que “*En el caso de transferencia al embrión de otra mujer de una persona concebida por un cónyuge (hombre y mujer) como resultado del uso de tecnologías de reproducción asistida, los padres del niño son los cónyuges.*” Es decir, en este artículo se está reconociendo como padres legales a los padres de intención, pero hace referencia solo a los cónyuges hombre y mujer por lo que se desprende de este precepto que solo podrán acceder a la GS las parejas heterosexuales casadas. En el art. 139. 2 se establece una prohibición de que la gestante pueda reclamar la maternidad del niño nacido por GS.

También encontramos determinados requisitos en la *Instrucción sobre la Aplicación de Técnicas de Reproducción Asistida*<sup>75</sup>, cuyo apartado 7 trata sobre los casos de subrogación. De él se desprende, que es necesario que los padres de intención acudan a este procedimiento de GS, por la imposibilidad de concebir, en concreto en su punto núm. 2 se establecen los supuestos de ausencia de útero, deformación de la cavidad o cuello uterino, enfermedades graves que puedan amenazar la salud o la vida de la gestante y deben haber llevado a cabo al menos 4 intentos de TRA fallidos. También es necesario que los padres de intención tengan una residencia temporal en Ucrania, hasta que se inscriban todos los documentos necesarios en el registro pertinente (apartado núm. 10), en este sentido, para poder inscribir la filiación del niño será necesario contar con un certificado de parentesco genético de los padres con el niño. Aquí se pone de relieve otro requisito indispensable para que se reconozca la maternidad/paternidad de los comitentes, como es que al menos uno de ellos haya aportado su material genético en el proceso, condición que también encontramos en el art. 123.2 del Código de familia.

---

<sup>74</sup> Código de familia, *Сімейний кодекс*, (Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy (VVR), 2002, № 21-22, p.135). Consultado en:

<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2947-14#Text>

<sup>75</sup> Instrucción sobre la Aplicación de Técnicas de Reproducción Asistida, інструкція із застосування допоміжних репродуктивних методик, (Registrado en el Ministerio de Justicia de Ucrania el 20 de marzo de 2009 bajo núm. 263/16279. Consultada en: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0263-09#Text>

En cuanto a la gestante, en el punto núm. 4 establece que debe ser una mujer adulta, sin discapacidad y con buena salud, que haya tenido al menos un hijo sano. También debe dar su consentimiento por escrito, de esta forma se puede afirmar que será un requisito indispensable contar con el consentimiento voluntario de la gestante para poder iniciar un proceso de GS.

#### 4.4.2 Rusia

Rusia cuenta con varios textos normativos que regulan la GS, tanto leyes federales como Código de familia.

Uno de los principales es la Ley Federal sobre las Bases de la Protección de la Salud de los Ciudadanos, núm. 323-FZ, aprobada en 2011<sup>76</sup>. En ella se define la GS como: *“La subrogación es la gestación y el nacimiento de un niño (incluido el nacimiento prematuro) en virtud de un acuerdo celebrado entre una madre sustituta (una mujer que da a luz un feto después de transferir un embrión de donante) y los padres potenciales cuyas células germinales se utilizaron para la fertilización, o una mujer soltera, para que llevar y dar a luz a un niño es imposible por razones médicas”*. De esta definición podemos entender que es necesario, que la madre comitente padezca alguna imposibilidad para quedarse embarazada, ya que las TRA se presentan en la legislación rusa como una solución a los problemas de infertilidad.

Las personas que pueden acceder a la GS son las parejas casadas y no casadas, así como las mujeres solas. (art. 55.3). Nada se dice sobre las parejas homosexuales, ni sobre los hombres solteros, pues en Rusia no existe ningún tipo de reconocimiento legal para las parejas homosexuales.

En cuanto a la gestante, esta debe tener una edad comprendida entre 20 y 35 años, tener al menos 1 hijo sano, contar con un certificado médico que garantice su salud y un consentimiento por escrito tanto de ella como de su marido si lo tuviera. (art. 55.10)

---

<sup>76</sup> Ley Federal sobre las Bases de la Protección de la Salud de los Ciudadanos, núm. 323-FZ: «Федеральный закон «Об основах охраны здоровья граждан». Consultada en: <https://minzdrav.gov.ru/documents/7025-federalnyy-zakon-ot-21-noyabrya-2011-g-323-fz-ob-osnovah-o#>

También cabe destacar que en Rusia no se permite utilizar en el proceso de GS los óvulos de la gestante, prohibiendo de esta forma su modalidad tradicional.

La maternidad en Rusia, sigue el principio *Mater Semper certa est*, por lo que, se reconoce como madre legal a la mujer que dio a luz al niño, es decir a la gestante, mientras que la paternidad se le reconoce al esposo de la mujer<sup>77</sup> (art.48 Código de familia ruso 1995). A pesar de ello la inscripción de la filiación para los padres comitentes es un proceso sencillo, ya que únicamente necesitan el consentimiento escrito, tanto de la gestante como de su esposo, y presentar en el registro los documentos pertinentes, como son un documento de la organización médica y el documento que confirme el nacimiento del niño.

La GS en Rusia no cuenta con ningún artículo en específico que regule su modalidad comercial, por lo que se admite tanto la altruista como la comercial., aunque este tipo de acuerdos entre la gestante y los comitentes se llevan en privado, recibiendo la gestante una retribución por sus servicios. Esto es así por la incertidumbre que hay respecto del tratamiento que tiene su modalidad comercial en caso de controversia ante los tribunales y por ello se intenta resolver sin acudir a ellos.

#### 4.4.3 Estado de California

En EEUU, la GS no tiene una legislación federal por lo que es cada estado el que regula y determina el tratamiento que tendrán los acuerdos de GS en el marco de su territorio.

Es por ello que en EEUU nos encontramos con una regulación de la gestión por sustitución muy variable, ya que hay estados que la consideran una práctica legal y tienen legislación como Texas, Florida, Virginia, New Hampshire, Utah e Illinois; y estados con legislación al respecto, pero que la prohíben, como Nueva York, Nebraska, Arizona, Michigan y Columbia. También nos encontramos con estados que carecen de una legislación al respecto pero que cuentan con jurisprudencia que da respuesta a los

---

<sup>77</sup> Código de familia de la federación rusa 1995, “Семейный кодекс Российской Федерации 1995 г”. Art. 48.1:” *El origen del niño de la madre (maternidad) se establece sobre la base de documentos que confirman el nacimiento del niño por la madre en una organización médica, y en el caso del nacimiento de un niño fuera de una organización médica sobre la base de documentos médicos, testimonios u otras pruebas*”.

problemas que puedan surgir, como es el caso de California, Pensilvania, Massachusetts, Carolina del Sur y Ohio. Otros estados, en cambio, no cuentan ni con legislación ni con jurisprudencia<sup>78</sup>.

En el presente trabajo nos vamos a centrar en el estado de California, pues conforme a la jurisprudencia con la que me he encontrado, parece ser el destino escogido por las parejas españolas que deciden acudir a EEUU para llevar a cabo un proceso de GS pues, a pesar de no tener una ley específica al respecto, si dispone de preceptos legales que son más flexibles y benévolos con la gestación por sustitución.

En el estado de California, como bien sabemos, no hay un reconocimiento de la GS de forma directa, no cuenta con normas que establecen su legalidad, pero sí se contempla su reconocimiento mediante la iniciación de un procedimiento judicial ante los tribunales californianos. La finalidad de este procedimiento judicial es obtener el reconocimiento de la filiación del niño nacido mediante GS a los padres de intención, y a su vez anular la de la gestante y su cónyuge.

Este procedimiento se contempla en el Código de familia californiano<sup>79</sup> el cual establece que un acuerdo de reproducción asistida puede entablar una acción judicial en cualquier momento para establecer una relación entre padres e hijos<sup>80</sup>, consistente en la intención expresada en ese acuerdo de reproducción asistida. Es decir, debe estar contemplada esa reclamación de reconocimiento en el acuerdo de GS, para poder acudir a los tribunales e interponer la acción correspondiente de reclamación de la filiación.

Este mismo texto legal establece quiénes se consideran padres de intención (se. 7690.c) sería la persona casada, o soltera, que manifiesta la intención de estar legalmente obligado como padre de un niño resultante de reproducción asistida. De esta forma hay una amplia admisión de cualquier persona que quiera iniciar esta técnica de reproducción asistida, independientemente de si está casada o soltera, de su sexo u orientación sexual. También es de interés en este aspecto, la sec. 7601, que dispone que padre natural significa

---

<sup>78</sup> LAMM, E. “*Gestación por sustitución ni maternidad subrogada ni vientres de alquiler*”. Pág. 185-186.

<sup>79</sup> *California family code* de 2017. (California Legislative Information - <https://leginfo.legislature.ca.gov/>).

<sup>80</sup> Código de familia californiano, División 12, Sec. 7630. F.

un padre no adoptivo ya sea biológicamente relacionado con el niño o no. Por lo tanto, tampoco es necesario que los padres comitentes hayan aportado sus propios gametos para que se les consideren padres legales.

En cuanto al acuerdo de subrogación entre los comitentes y la gestante, debe cumplir una serie de requisitos: debe aparecer la fecha en que se firmó dicho acuerdo; los nombres de las personas que aportaron el material genético, aunque si este proviene de donantes no es necesario; establecer como se solventarán los gastos derivados del embarazo; debe aparecer los abogados representantes de ambas partes y por último dicho acuerdo deberá estar certificado notarialmente. (sec. 7962).

Es relevante poner de relieve que la acción para establecer la relación paterno-filial se puede presentar antes o después del nacimiento (7633) en el condado donde naca el hijo o donde residan las partes. Finalmente, al concluir el procedimiento judicial, el tribunal emitirá una sentencia que establezca la relación entre los padres de intención y el hijo, estableciéndose como padres legales, mientras que se rechazará la de la gestante y su pareja o esposo que no tendrán ni derechos ni deberes con el niño.

Una vez emitida la resolución judicial, esta establece una orden para que el hospital donde tenga lugar el nacimiento, incluya en el certificado de nacimiento el nombre de los padres de intención como padres legales. Este certificado deberá inscribirse en la Oficina Estatal de los Registros Vitales, 10 días después del nacimiento<sup>81</sup>.

---

<sup>81</sup> <http://achowardlaw.com/gestacion-subrogada-california/>

## **5. LA NECESIDAD DE UNA REGULACION DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN**

En este trabajo hemos puesto de relieve la necesidad de una ley de gestación por sustitución en España, pues a pesar de que sí contamos con disposiciones legales que prohíben directamente esta técnica (art. 10.1 14/2006), nos encontramos con otros textos normativos como la Instrucción de la Dirección general de registro que reconocen la relación paterno-filial de los comitentes y los niños nacidos mediante esta técnica. De esta forma estamos ante una situación de inseguridad jurídica, donde los principales perjudicados son los niños, los cuales puede que, por la variedad de disposiciones legales, no consigan la protección jurídica que necesitan.

Por la situación actual que está pasando el país debido al COVID19, sé que la gestación subrogada no es la prioridad, pero no por ello se debe dejar de lado un asunto de tanta relevancia, y aun sabiendo que esta técnica se está practicando en nuestras fronteras.

En mi opinión el sistema que concordaría con los valores de nuestro ordenamiento jurídico sería el de los países que contemplan únicamente la gestación por sustitución en su modalidad altruista. Consistiría en su legalidad únicamente en su modalidad altruista, prohibiéndose expresamente cualquier tipo de retribución, aunque se debe contemplar el abono de los gastos derivados de embarazo, como los gastos médicos y de transporte de la gestante. Por ello se deberán establecer sanciones para toda contraprestación e incluso para la publicidad e intermediación de esta. De esta forma, nuestros acuerdos de GS no estarían infringiendo la prohibición de la comercialización del cuerpo humano, ya que no habría contraprestación alguna.

También se debería establecer la condición de que únicamente se pueda acceder al procedimiento previa autorización judicial para que se estudie si las partes cumplen con todos los requisitos. Dichos requisitos serían por un lado que los comitentes padezcan una imposibilidad para concebir, ya sea por infertilidad, anomalía o imposibilidad por razón de sexo. En cuanto a las personas que quieran acceder, no se impondrá restricción alguna, pudiendo acceder tanto parejas casadas, solteras, heterosexuales como homosexuales e incluso las personas en solitario que quieran ser padres biológicos (tantos hombres como mujeres). De esta forma, se evitaría toda discriminación por sexo u orientación sexual,

dando la posibilidad también a los hombres en solitario. Por último, en cuanto a estos requisitos de obligatorio cumplimiento, sería que únicamente se puedan emplear los óvulos y espermatozoides de los padres de intención o de donantes, no permitiéndose por otro lado el empleo del óvulo de la gestante para evitar una vinculación genética entre ella y el niño. Soy consciente de que, si se emplean únicamente los gametos de donantes, no habría vinculación genética alguna entre los padres de intención y el niño, lo ideal sería que al menos uno de los padres pueda aportar su gameto, pero en el caso de que no haya vinculación genética solo podrán acudir a la vía de la adopción.

En cuanto a los requisitos que deberá reunir la gestante, deberá tener una edad entre 20 y 35 años, plena capacidad de obrar, un certificado médico que garantice su salud y su consentimiento por escrito y el de su esposo si tuviera.

De igual forma para iniciar el proceso se necesitará un acuerdo por escrito entre los comitentes y la gestante. En él deberá establecerse el consentimiento de la gestante y de su pareja si la tuviera, para entregar al niño una vez a dado a luz, y de rechazar la maternidad/paternidad legal. Las disposiciones del acuerdo serán vinculantes y de obligatorio cumplimiento por lo que podrán ser reclamadas ante los tribunales en caso de controversia. Se debe garantizar la libertad de la gestante para decidir iniciar el procedimiento, pero sin establecer la libertad para rescindir las obligaciones del contrato en cualquier momento y de forma arbitral, pues si se permitiera también estarían en una situación de desprotección los comitentes

El proceso judicial seguido en el estado de California, me pareció el más correcto y el que más garantías ofrecía a las partes, y este mismo podría implantarse en España, en cuanto a que en primer lugar se necesite la autorización judicial para iniciar el proceso, y comprobar que se cumplen con los requisitos y todas las garantías (es necesario por lo tanto tener ya el acuerdo escrito y firmado por las partes y sus representantes). Una vez ya iniciado el proceso que se pueda solicitar en el tribunal la acción para establecer la relación paterno-filial entre los comitentes y el niño. Tras concluir el procedimiento judicial, el tribunal emitirá una sentencia que estipulará como padres legales a los comitentes, rechazando la relación paterno-filial de la gestante y su esposo, y estableciendo una orden

para que en el hospital donde tenga lugar el parto, se establezca en el certificado de nacimiento el nombre de los padres de intención.

Una vez ya concluido el procedimiento, se podrá inscribir en el registro Civil la filiación del niño mediante la presentación tanto del certificado de nacimiento con la resolución judicial que reconoce a los padres de intención como padres legales.

En definitiva, esta me parece la mejor regulación que podría darse a la gestación por sustitución en España, en la cual me he inspirado en la regulación portuguesa con algunos matices y en cuanto al procedimiento judicial, es semejante al Californiano.



## 6. CONCLUSIONES

La gestación por sustitución es una técnica de reproducción asistida más que da solución a los problemas para concebir, y abre la puerta a la posibilidad de tener un hijo biológico.

Es innegable que un gran número de parejas que tengan problemas de infertilidad o para concebir se verán atraídos por iniciar un proceso de gestación por sustitución, acudiendo incluso a otros países donde haya un tratamiento legal más flexible y les ofrezcan más garantías para poder reconocerse en sus países de origen. También habrá personas que no podrán permitirse acudir a estos países que les ofrecen garantías, como EEUU, además de que les supondría un mayor coste económico que otros países donde no se garantiza que el procedimiento llegue a buen puerto en los países de origen.

Esta situación pone de relieve la necesidad de que haya una regulación específica de la gestación subrogada en España, pues con la situación actual se favorece el turismo reproductivo, es decir los ciudadanos españoles, a pesar de no estar legalizada esta práctica, acuden a otros países para llevar a cabo un acuerdo de GS y no siempre con la protección necesaria, donde el principal perjudicado es el futuro niño. Se debe tener en cuenta que las TRA ya tienen su reconocimiento legal y en determinados casos la mera voluntad son determinantes de la filiación. Por ello no resulta coherente que en el caso de la GS no se reconozca la misma voluntad para ser padres legales.

En el marco internacional, hemos podido comprobar que no hay una decisión unánime respecto del tratamiento de la GS, habiendo países que la prohíben, otros que carecen de regulación al respecto, que la permiten en su totalidad y países que la contemplan únicamente en su modalidad altruista. Si bien, cada vez más países de nuestro entorno reconocen la GS en su modalidad altruista, y se tiende a prohibir la comercial, como es el caso de Portugal, posibilidad que se podría contemplar también en España.

En definitiva, podemos concluir afirmando que se puede estar de acuerdo o no con la gestación por sustitución, pero no se puede negar que se trata de una técnica de reproducción asistida que se va a llevar a cabo, independientemente de la regulación que

tenga, pues en la actualidad, a pesar de no contar en nuestro país con legislación favorable, sabemos que ocurre, y por ello es necesario una regulación específica para evitar la inseguridad jurídica con la que contamos a día de hoy.



## 7. BIBLIOGRAFÍA

- GARCÍA SAN JOSÉ, D., *La gestación por sustitución y las obligaciones emanadas para los Estados parte en el Convenio Europeo de Derechos Humanos: repercusiones en el ordenamiento jurídico español del activismo y de la autolimitación judicial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con la gestación por sustitución*”, Revista Española de Derecho Constitucional, 113, 103-130, 2018.
- GONZÁLEZ VILAR, S., *La gestación subrogada en España y en el derecho comparado*, Editorial Bosch, Barcelona, 2018.
- JIMENEZ MUÑOZ, F. J., *Una aproximación a la posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la gestación subrogada*,
- LAMM, E., *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, Observatori de Bioètica i Dret, Barcelona, 2012.
- LANSORENA I., *Documental Surrogacy*
- RUBIO TORRANO, E., *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil núm. 9/2011 parte Tribuna*.
- RUIZ MARTÍN, A. M., *El caso Campanelli y Paradiso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: El concepto de familia de facto y su aportación al debate de la gestación por sustitución*”, Publicado en Cuadernos de Derecho Transnacional, 2019.
- SANTAMARÍA SOLÍS, L., *Técnicas de reproducción asistida. Aspectos bioéticos*, Cuadernos de Bioética, 2000/1ª, Asociación española de Bioética y Ética Médica, Madrid, 2000.