



GRADO EN DERECHO 2017

ÁREA DE DERECHO CIVIL

GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

Tutoras: López Sánchez, Cristina Y
Martín Moreno, Ana
Autora: Oliva Ruiz, Elisabeth

ÍNDICE

1.	INTRODUCCIÓN.....	0
2.	CUESTIONES PRELIMINARES.....	3
2.1	Concepto de gestación por sustitución.....	3
2.2	Causas por las que se recurre a la gestación por sustitución.....	5
2.3	Modalidades sobre esta técnica en cuestión.....	6
2.4	Orígenes de la gestación por sustitución.....	7
3.	ESTADO DE LA CUESTIÓN Y SU SITUACIÓN LEGAL.....	8
3.1	Posturas contrarias a su admisión: visión Comité de Bioética 20 de mayo 2017.....	9
3.2	Posturas favorables a su admisión.....	12
4.	GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN EL DERECHO COMPARADO.....	13
4.1	Ordenamientos jurídicos que prohíben la gestación por sustitución.....	14
4.2	Admisión, sólo cuando es altruista y bajo ciertos requisitos y condiciones.....	15
4.3	Admisión amplia de la gestación por sustitución.....	17
4.4	Turismo reproductivo como consecuencia de la diversidad de respuestas.....	19
4.5	Hacia una convención internacional sobre la cuestión.....	21
5.	GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN ESPAÑA: SU NO REGULACIÓN.....	22
5.1	El artículo 15 LRC de 1957, la inscripción del nacimiento en el Registro Civil Español y la cuestión del “doble espejo”.....	24
5.2	El artículo 81 del Reglamento del Registro Civil. Círculo hermenéutico y posibilidades.....	25
5.3	Cuestión del fraude de ley y del <i>forum shopping</i>	27
5.4	Instrucción del 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado: régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.....	28
6.	PROPUESTA DE ADMISIÓN DE LA MATERNIDAD POR SUBROGACIÓN: EL CONTRATO DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.....	30
6.1	Contenido esencial del convenio o contrato.....	30
6.2	Concepto de contrato de gestación por sustitución.....	30
6.3	Forma del contrato de gestación por sustitución.....	31
6.3.1	Consentimiento de la gestación por sustitución.....	32
6.4	Requisitos exigibles para las diferentes partes intervinientes en el convenio.....	33
6.5	Problemas que el incumplimiento del contrato puede plantear en la práctica.....	36
6.6	Un ejemplo a seguir: Nueva Ley Portuguesa de 22 de agosto de 2016.....	40
7.	PRESTACIÓN POR MATERNIDAD/PATERNIDAD EN LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN: UN TEMA DE ACTUALIDAD.....	42
7.1	La prestación social por maternidad y maternidad subrogada.....	42
7.2	Contenido de sentencias referidas a la prestación por gestación por sustitución.....	44

1. INTRODUCCIÓN

Hasta hace poco tiempo, una persona para poder ser madre o padre, debía gestar un hijo mediante una relación íntima e interpersonal, o bien, recurrir a la adopción en el supuesto de no poder concebirlo. Actualmente, gracias a los avances de la ciencia y a la progresiva irrupción de una sociedad tecnológica, existe una gama de posibilidades que sustituyen al concepto tradicional. Esta técnica es el reflejo de una sociedad avanzada en la tecnología, ciencia y medicina.

La aparición de estas técnicas en nuestra sociedad ha dejado entrever su utilización de forma cada vez más frecuente. Podemos observar que, en los estudios epistemológicos efectuados en países occidentales, la esterilidad afecta al quince por ciento de la población en edad reproductiva, es decir, a una de cada seis parejas, experimentando una evolución creciente¹. Se debe, entre otros motivos, a que cada vez se decide acceder a la maternidad/paternidad a una edad más avanzada e influye en la capacidad reproductiva tanto de hombres como mujeres, puesto que el retraso en este acto de nueve meses hace que aumenten las dificultades para concebir².

Los informes recientes han documentado un aumento en la práctica de maternidad subrogada, que incluyen acuerdos que cruzan las fronteras nacionales³. Recientemente se ha producido un aumento en la jurisprudencia relativa a la maternidad subrogada. Mientras que algunos casos sí implican controversias privadas entre las partes del acuerdo, la tendencia temática principal se refiere a las dificultades para el reconocimiento formal por parte del estado con respecto a la condición jurídica y la paternidad legal de los menores involucrados.

Como vemos, se muestra que el elemento de internacionalidad de éste método surge tras la prohibición en España de llevar una regulación a cabo y como consecuente, la salida de las parejas a los países que sí regulan esta técnica y cuyo sitio más visitado para realizar la gestación por sustitución es, por ejemplo, algunos estados de los Estados Unidos, como California.

Dichas personas, ante su imposibilidad natural de gestar y tras seguir costosos tratamientos para tratar de tener un hijo, consideran como opción, el acceso a la gestación por sustitución, también conocida como maternidad subrogada, la cual se puede definir como forma de reproducción asistida en la que, además de los futuros padres, participa una mujer que gesta el embrión. Este embrión puede ser el resultado de una inseminación artificial o de una fecundación “*in Vitro*” y los gametos pueden proceder de uno de los progenitores y de una donación, de los dos progenitores, o de donaciones.

¹ http://www.abc.es/familia/padres-hijos/abci-espana-25000-bebes-nacen-cada-reproduccion-asistida-201608241215_noticia.html (consulta 31-03-2107).

² SOTO LAMADRID, M A., Biogenética, filiación y delito, ed. Astera. Buenos Aires, 1990, p. 6.

³ PRENSO LINERA, M. A/ JIMÉNEZ BLANCO, P., “Libertad, igualdad, ¿maternidad?”, *Revista española de Derecho Europeo*, núm. 51,2014, pp. 9-44.

Esta técnica se produce cuando, mediando un acuerdo o contrato, una mujer, con plena capacidad de obrar, consiente libremente en llevar a cabo la gestación, con el compromiso irrevocable de entregar el nacido a los otros intervinientes que, a todos los efectos, serán los progenitores o padres⁴.

En España, la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida⁵ declara expresamente la nulidad del contrato de gestación por sustitución. No obstante, existen mecanismos que permiten directamente la inscripción de los nacidos a través de esta técnica si se cumplen determinados requisitos, por lo que la población española no duda en acudir a dicha figura en los países extranjeros en que está permitida como ciertos estados de los EEUU o Rusia, con las consecuencias jurídicas que dicha práctica les puede suponer.

Asimismo, el Derecho de familia y en concreto, la filiación, avanza conforme lo hace las técnicas médicas que ofrece nuevos métodos en materia de reproducción asistida e investigación⁶. En España, nos encontramos ante la ambigüedad que resulta de la prohibición contemplada en la Ley española. No obstante, ha sido necesario dictar la Resolución de 18 de febrero de 2009 y una posterior Instrucción, de 5 de octubre de 2010-ambas dictadas por la Dirección General de los Registros y del Notariado-, para admitir la inscripción registral de la filiación obtenida mediante esta técnica fuera de España, en países en que está reconocida de forma legal, con la finalidad de amparar el interés del menor y proteger sus derechos.

Estos procesos son cada vez más frecuentes, no solo debido al aumento de la esterilidad, sino también a la legalización a través de la Ley 13/2005 de 1 de julio y la modificación del artículo 44 de Código Civil, permiten el matrimonio entre parejas del mismo sexo y que desean acceder a la paternidad, así como el deseo de muchas personas de ser padres o madres de forma individual.

Por todo ello he elegido este tema de investigación, ya que es un procedimiento que lo vemos a la luz de nuestros días y cada vez con más claridad. Los medios de comunicación no dejan de publicar noticias y debates dejando entrever lo necesario que sería tomar esta técnica de reproducción asistida de forma legalizada y abordando las garantías necesarias para las partes. No es un tema tan novedoso como pensamos y por ello me gustaría dar más visibilidad a la regulación que España necesita para que muchas familias de nuestro país estén amparadas por él y no se vean obligados a cruzar las fronteras para poder realizar dicho procedimiento. Abordaré la realidad social que nos rodea, para tratar de proteger el interés del menor y los derechos de la mujer gestante y los padres comitentes ante los incidentes que puedan surgir en la práctica, principalmente los derivados del contrato, como veremos, así como el modo y

⁵ Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Asistida. BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2006, artículo 10.

⁶ GARCÍA RUIZ, Y., *Reproducción humana asistida. Derecho, conciencia y libertad*, ed. Comares, Granada, 2004, p. 51.

viabilidad de lograr la inscripción del nacimiento del recién nacido en la Oficina consular española.

La legislación vigente que he utilizado es, entre otras, la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, 14/2006 de 26 de mayo; Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la DGRN; El Código Civil Español; La Constitución española de 1978, así como también he trabajado la jurisprudencia y de las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado que versan sobre esta cuestión.

En primer lugar, en el presente trabajo abordaré el concepto, causas que dan lugar a la elección de esta técnica así como las diferentes modalidades que provienen de los avances médicos y sus orígenes. Posteriormente, trataré el tema del estado de la cuestión y su situación legal. Seguidamente, abordaré el tema de la cuestión en Europa así como en algunos estados de los EEUU, tratando de explicar el derecho comparado así como una cuestión importante como es el turismo reproductivo. Además hablaré de su no regulación en España. Cuestión del fraude de ley y su visión a través de la resolución de la DGRN 18 de febrero de 2009 e Instrucción de 5 de octubre de 2010. Abordaré también la propuesta de admisión de gestación por sustitución: el contrato y los problemas que puede acarrear su incumplimiento en la práctica así como un ejemplo a seguir como es la reciente Ley Portuguesa del 22 de agosto de 2016. Finalmente, veré un tema de actualidad como es la prestación por maternidad en gestación por sustitución así como diversos comentarios de sentencias referidas a dicha cuestión.

La elección de este trabajo, el cual tengo la oportunidad de realizarlo dentro de la Clínica Jurídica de la Universidad Miguel Hernández de Elche, además de poder defender esta técnica de reproducción y entender así que es necesaria una regulación eficaz y que proporcione las máximas garantías a los españoles que se ven obligados a viajar a otro país para poder llevar a cabo dicho procedimiento, me va a permitir entender también en la práctica los problemas que surgen de la formalización del contrato de esta técnica. Es importante también para conocer los intereses del menor así como los de la mujer gestante y los futuros comitentes.

La situación que vemos ahora en España, es, para algunas parejas e incluso para personas individuales, que pretenden hacer realidad su deseo de maternidad/paternidad, frustrante a la vez que inalcanzable en alguno de ellos. Vemos como esta técnica no puede ser accesible para todos y que en caso de poder realizar la gestación por sustitución, los comitentes, o muchos de ellos, acuden a países donde no tienen garantías y la futura gestante está en condiciones inhumanas. Esto nos lleva a reflexionar sobre si sería necesaria una regulación en España para así poder hacer menos complicado el deseo de formar una familia.

2. CUESTIONES PRELIMINARES

2.1 Concepto de gestación por sustitución

La gestación por sustitución, también conocida como maternidad subrogada, maternidad de encargo, portadora o sustitutiva, es una forma de reproducción asistida en la que, además de los futuros padres, participa una mujer que gesta el embrión. Este embrión puede ser el resultado de una inseminación artificial o de una fecundación “in Vitro” y los gametos pueden proceder de uno de los progenitores y de una donación, de los dos progenitores, o de donaciones.

Esta técnica se produce cuando, mediando un acuerdo o contrato, una mujer, con plena capacidad de obrar, consiente libremente en llevar a cabo la gestación, con el compromiso irrevocable de entregar el nacido a los otros intervinientes, mujer, hombre o a una pareja, ya sea matrimonial o de hecho, heterosexual u homosexual, que, a todos los efectos, serán los progenitores o padres.

En esto último, debemos tener presente la Convención de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2010, en los que se reconoce el derecho de las mujeres solas o de parejas del mismo sexo a la maternidad y paternidad, sin olvidar también el derecho del hombre soltero, sobre la base del derecho de no discriminación, pudiendo llevar a cabo un contrato de maternidad subrogada.

Para acercarnos un poco más al concepto, debemos conocer en qué consiste subrogación; según la Real Academia de la Lengua Española, implica “sustituir o poner a alguien o algo en lugar de otra persona o cosa. De una forma jurídica, podemos decir que es la situación jurídica en que una persona adquiere los derechos y deberes de otra. Por otro lado debemos apuntar el significado de “gestar” y “maternidad”. Gestar significa llevar y sustentar en su seno el embrión o feto hasta el momento del parto. Y por último, maternidad, que tiene como definición el estado o cualidad de madre.

Si bien hay definiciones del concepto de maternidad subrogada que considero conveniente plasmar en dicho apartado, como por ejemplo:

Vemos también como la gestación por sustitución es “el acuerdo de voluntades en virtud del que una mujer acepta portar en su vientre un niño por encargo de otra persona o de una pareja, con el compromiso de que, una vez llevado a término el embarazo,

entregará aquella o aquellas personas el recién nacido, renunciando a la filiación que pudiera corresponderle sobre el hijo así gestado.⁷

⁷ BAYARRI MARTÍ, M. L., “Maternidad por subrogación. Su reconocimiento en España”, *Noticias jurídicas*, 2015, p. 3 , disponible en <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/10338-maternidad-por-subrogacion-su-reconocimiento-en-espana> (consulta 17/04/17)

El informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación *In Vitro* y la Inseminación Artificial Humana, conocido como el informe Palacios⁸, señala que “es una forma de maternidad biológica por la cual una mujer acepta llevar a cabo una gestación por acuerdo con una pareja, matrimonio o pareja estable, irreversiblemente estéril, que responsabilizará la maternidad y paternidad de la descendencia a todos los efectos”⁹. Si bien, aquí podemos decir que no en todos los casos se necesita esa esterilidad para acceder a la gestación por sustitución. Como veremos en las causas, puede ser también por edad, enfermedad de la mujer o inexistencia de útero.

Por otra parte podemos definir la maternidad subrogada como “el convenio por el cual una mujer se compromete frente a otra u otras a gestar en su vientre en embrión fecundado extracorpóreamente, para luego entregar al menor después del parto”¹⁰.

Ahora bien, el informe Warnock¹¹ en Inglaterra, define el concepto *subrogacy* como “la práctica mediante la cual una mujer gesta o lleva en su vientre un embrión para otra mujer con la intención de entregarlo después del parto”.

Con referencia a nuestro país, como veremos más detalladamente, señalamos aquí, que nuestra Ley no define el concepto, ni plasma modalidades de maternidad subrogada, simplemente la prohíbe, siendo la doctrina quien ha marcado definiciones al respecto.

Por otro lado, también vemos que es un fenómeno de la última década que se presenta en países desarrollados, en la mayoría de casos, de forma prestacional, para que una mujer geste en su vientre al embrión, a través de inseminación con el material genético del futuro padre o con el de un cedente, y entregando ésta al menor después del parto renunciando a todos los derechos de filiación que corresponda sobre el menor¹².

También se entiende por este fenómeno que una mujer se preste, normalmente a título oneroso y mediante un contrato, a prestar su cuerpo para gestar un bebé, mediante técnicas de reproducción asistida, que una vez nacido será criado como propio por una pareja o por una tercera persona¹³. De esta manera, tendremos una mujer gestante, o subrogada que desarrolla el embarazo y la gestación y unos padres intencionales o subrogantes, que acuden a esta técnica para que alumbré un menor y les sea entregado¹⁴.

⁸ Esta comisión elaboró un informe, al que denominaron Palacios aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados el 10 de abril de 1986.

⁹ Leonsegui Guillot, R. A., “La maternidad portadora, sustituta, subrogada o de encargo” *Boletín de la facultad de Derecho*, núm. 7, 2012, pp.237-264. (consulta 10/05/2017).

¹⁰ PERALTA ANDÍA, J.R., *Derecho de Familia en el Código Civil*, ed. Moreno, Lima, 2004, p. 4

¹¹ WARNOCK M. A., *Question Of Life. The Warnock Report. Human Fertilisation & Embriology, United Kingdom, Basil Blackwell*, 1985. En 1984, La Comisión de investigación sobre fecundación y embriología humana, presidida por la filósofa Mary Warnock, entregó el informe que lleva su nombre en alusión a la filósofa que lo dirigió. El informe buscaba determinar el estatus de los embriones concebidos artificialmente y hallar la justificación que permitiera su manipulación durante un periodo de tiempo.

¹² Mosquera Vázquez, C., *Derecho y Genoma Humano*, ed. San Marcos, Perú 1997, p. 55.

¹³ Cordero Gordillo, V., “La prestación por maternidad en los supuestos de gestación por sustitución” *InDret: Revista Trabajo y Derecho, actualidad y relaciones laborales* n° 7-8, 2015, pp. 72-84.

¹⁴ Moreno Pueyo, M.J., “Maternidad subrogada y prestación de maternidad” *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, n° 116, 2015, pp. 21-56.

No obstante, una definición más amplia y comúnmente aceptada por la doctrina española es la que resulta de la sentencia nº. 826 de la Sección 10.^a de la Audiencia Provincial de Valencia, de 23 de noviembre de 2011¹⁵, donde se establece que, “la gestación por sustitución consiste en un contrato, oneroso o gratuito, a través del cual una mujer consiente llevar a cabo la gestación, mediante técnicas de reproducción asistida, aportando o no también su óvulo, con el compromiso de entregar el nacido a los comitentes, que pueden ser una persona o una pareja, casada entre sí o no, que a su vez pueden aportar o no sus gametos”.

Analizando lo anterior, podemos diferenciar varios elementos:

Es necesario que exista una mujer que acepta prestar su cuerpo para gestar un embrión ajeno llevando el embarazo a término.

Por otro lado, existe un contrato, que detallamos más adelante, oneroso o gratuito, en el cual la mujer gestante se compromete a renunciar a sus derechos y a los del menor.

Existe también, una persona o pareja, que aportan o no sus gametos. En caso de una pareja heterosexual, los gametos se aportan por parte de la mujer y del hombre, o bien, por parte de la mujer u hombre solamente como también donación de un tercero. En caso de pareja homosexual, uno de ellos, aportará sus gametos. En este caso, debe producirse lo que se denomina ovo donación, bien por parte de la mujer gestante o por otra mujer diferente.

Por ovo donación¹⁶ se entiende el proceso por el cual una mujer recurre a óvulos de una donante para poder satisfacer su deseo de ser madre. Así pues, los óvulos de la donante se unirán a los espermatozoides de la pareja receptora o del hombre soltero para obtener embriones; estos se transfieren a la mujer gestante para lograr el hijo deseado.

Con todo ello, podemos concluir que, ésta técnica, también conocida como maternidad subrogada, filiación por sustitución o maternidad disociada, entre otras, es el compromiso de una mujer, manifestado en un acuerdo o pacto, que lleva implantado en su cuerpo un embrión hasta su nacimiento, y conlleva en entregar al menor que nazca a otra mujer, hombre, pareja, ya sea matrimonial o de hecho, heterosexual u homosexual.

2.2 Causas por las que se recurre a la gestación por sustitución

El hecho de Recurrir a la técnica de gestación por sustitución puede deberse a varias razones, pero no todas ellas tienen la misma aceptación social.

Actualmente, una de las principales causas por la que una persona decide recurrir a esta técnica es por el problema de la infertilidad o incapacidad de gestar de la mujer sola o

¹⁵ Id. Cendoj: 46250370102011100707.

¹⁶ <https://ivi.es/tratamientos-reproduccion-asistida/ovodonacion/> (consulta 15/04/17).

en pareja, por la aparición de enfermedades por la que el embarazo puede suponer un grave peligro para ambos, por la ausencia uterina, edad, causa genética e incluso por el grave estado físico de la mujer.

También este convenio es aplicable a la paternidad de hombres solos o de parejas homosexuales de hombres, que pueden constituir matrimonio, y tienen derecho a la paternidad tras la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derechos a contraer matrimonio, de manera que el actual artículo 44.2 CC establece que: “el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”.

2.3 Modalidades sobre esta técnica en cuestión

En cuanto a las modalidades que puede revestir, existen varios tipos de clasificaciones:

Por un lado, encontrarnos ante la variante “gestacional” o “tradicional”. En la primera de ellas, la mujer gestante tan sólo llevará adelante el embarazo en su vientre y no tendrá una relación genética con el menor nacido, pudiendo ser utilizados para la fecundación, gametos de los futuros padres, o bien de donantes anónimos, que serán introducidos en la mujer portadora a través de la técnica de fecundación in vitro. En cambio en la segunda opción, la mujer gestante aportará tanto su útero como sus propios óvulos que serán fecundados, habitualmente, mediante inseminación artificial. Este último supuesto, está en desuso, ya que es mayor la problemática que se podría suscitar al existir un vínculo biológico y está expresamente prohibido en muchos ordenamientos en los que sí permiten la gestacional. Aun así, Dinamarca es uno de los pocos países que admiten el método “tradicional” de gestación por sustitución, siempre y cuando sea de manera altruista y no se realicen técnicas de reproducción asistida. Así señala la Ley de Reproducción Asistida de Dinamarca que dedica el capítulo 3 apartado trece a esta técnica y dice textualmente: “el embarazo no podrá tener lugar cuando existe un acuerdo entre la mujer que lo llevará a término y otra mujer que es quien quiere tener el menor”. Como se ha dicho antes, en Dinamarca se permite la variante tradicional pero sin llevar a cabo técnicas de reproducción asistida ni contrato.

Por otro lado, la gestación por sustitución puede realizarse de manera altruista, es decir, sin contraprestación alguna a cambio de la misma (aunque permitiendo ciertos ordenamientos jurídicos que se satisfagan los gastos estrictamente necesarios derivados de la gestación), o bien, bajo la modalidad conocida como “subrogación comercial” en la que la madre subrogada llevará a cabo el embarazo a cambio de un precio.¹⁷

Se puede realizar una segunda clasificación atendiendo a las personas que optan por esta práctica. Cuando es por parte de una pareja homosexual de dos varones, se acudirá

¹⁷ Vilar González, S., “Situación actual de la gestación por sustitución”, *Revista Derecho UNED*, núm. 14, 2014, pp. 902-903.

a unir óvulos de la gestante u otra mujer con el material genético de uno de ellos o material genético de un donante.

Por otro lado, cuando la técnica es llevada a cabo por pareja homosexual entre dos mujeres, nos encontramos ante el método ROPA (Recepción de ovocitos de la pareja), también conocida como maternidad compartida, que se ha convertido en una elección cada vez más popular. La principal característica de éste método es que el tratamiento de fecundación in vitro, se comparte entre ambas mujeres: una de ellas se somete a la estimulación ovárica y aporta material genético, el cual será fecundado con material genético de un donante y los embriones se transferirán al útero de la mujer gestante¹⁸.

La Ley de Reproducción Humana Asistida 14/2006 fue modificada para reconocer específicamente que ambas madres son progenitoras del menor nacido, gracias a técnicas de reproducción asistida, tanto si han llevado el tratamiento por razones médicas como por elección y esto último hace que esta donación de óvulos no anónima sea una excepción legal en caso de pareja entre dos mujeres.

En tercer lugar, podemos encontrarnos con una pareja infértil, es decir, la mujer no genera óvulos ni puede gestar y el hombre no genera espermatozoides. Aquí se puede recurrir a un donante de esperma y a una mujer que permita ser fecundada, artificialmente, y termine el proceso de gestación.

2.4 Orígenes de la gestación por sustitución

A partir de la irrupción de nuevas técnicas de reproducción asistida, el nacimiento del primer bebé probeta en julio de 1978, y por tanto, de nuevos medios para formar una familia, se han quedado obsoletos los supuestos de filiación previstos en el artículo 108 de Código Civil (filiación por naturaleza-matrimonial o no matrimonial- y filiación por adopción), mostrándose claramente el Derecho algo rezagado con respecto a la realidad social existente debido a los numerosos debates y dilemas éticos que surgen en torno a estos supuestos, especialmente, en relación con la técnica de la gestación por sustitución, que rompe con los tradicionales principios jurídicos de Derecho romano “mater semper certa est”, ya que permite separar el hecho de tener hijos de la unión sexual entre varón y mujer e incluso que se pueda procrear sin la participación genética de la pareja sin su consentimiento¹⁹.

El primer contrato formal suscrito entre una mujer subrogada y una pareja comitente se otorgó en 1976 en Michigan (EEUU), bajo la supervisión del abogado Noel Keane y con las variantes tradicional y altruista. Poco después tuvo lugar la subrogación comercial, en la que una mujer de Illinois, conocida como Elizabeth Kane, aceptó convertirse en mujer gestante a cambio de una contraprestación económica de diez mil

¹⁸ Estudio del método ROPA, Revista y comunidad líder en reproducción asistida. Disponible en <https://www.reproduccionasistida.org/estudio-metodo-ropa/> (consulta 10/04/17), p. 4.

¹⁹ VARSI ROSPIGLIOSI, E., “Determinación de la filiación en la procreación asistida”, *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A. C.*, vol. XI, núm. 39, 2017, pp. 11-32.

dólares. Sin embargo, una vez terminado el parto, se mostró reacia a entregar el menor, por lo que tuvo problemas legales e incluso le fue denegada la custodia del menor en relación al convenio que había suscrito²⁰.

La subrogación permitió la aparición de la maternidad subrogada. Ésta ha sido considerada por muchos como un procedimiento controvertido debido a los efectos negativos que produce para las mujeres subrogadas, es decir, aquellas que aceptan quedar embarazadas y gestar un bebé en su cuerpo. Por ejemplo, se ha dicho que la renuncia de la mujer gestante al recién nacido constituye un acto doloroso para ella y puede dar lugar a problemas psicológicos.

A pesar de los efectos negativos de los cuales ha sido acusada la gestación por sustitución, existen varias razones por las cuales las mujeres deciden ser parte de ese procedimiento. En el año 2003 se realizó una encuesta a treinta y cuatro mujeres que habían sido mujeres gestantes. Allí se pidió que identificaran las razones que las motivaron a participar, obteniendo los siguientes resultados: el 91% (treinta y una personas) de ellas manifestaron que era porque querían ayudar a familias que no podían tener hijos; el 15% (cinco personas) porque disfrutaban del embarazo, el 6% (dos personas) por autorrealización y finalmente el 3% (una persona) por una remuneración²¹.

Tanto es así que la técnica de gestación por sustitución ha ido aumentando cada vez más. Es, por ejemplo, el caso de Estados Unidos, que nunca ha sido ajeno al fenómeno de maternidad subrogada. De acuerdo con estadísticas de la Society for Assisted Reproductive technology (SART), el número de bebés nacidos de mujeres gestantes aumentó de manera sustancial en el periodo de 2004 a 2008, pasando de 738 a casi 1400²².

3. ESTADO DE LA CUESTIÓN Y SITUACIÓN LEGAL

En aras de entender mejor esta cuestión resulta conveniente analizar, aunque sea someramente, qué ocurre en la legislación de otros países. En concreto, en el Derecho comparado se encuentran tres posturas:

²⁰ VILAR GONZÁLEZ, S., "Situación actual de la gestación por sustitución", *Revista de Derecho UNED*, núm. 14, 2014, pp. 910-912.

²¹ RODRÍGUEZ YONG, C.A., "El contrato de maternidad subrogada. La experiencia estadounidense" *Revista de Derecho, Valdivia*, Vol. XXV, n° 2, 2012, pp. 59-81.

²² RODRÍGUEZ YONG, C. A., "El contrato de maternidad subrogada. La experiencia estadounidense", *Revista de Derecho, Valdivia*, Vol. XXV, n° 2, 2012, pp. 59-81.

3.1 Posturas contrarias a su admisión

Desde hace mucho tiempo, algunos autores escribieron sobre esta materia tan conflictiva, en años en los que la sociedad no había avanzado tanto como ahora. Entre estos autores podemos destacar: Encarna Roca Trías, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano y Francisco Lledó Yagüe, ponentes destacados en el congreso mundial vasco, sobre *la filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, celebrado en Vitoria, el dos de septiembre de 1987.

La Constitución Española plasma, concretamente, en los artículos 9, 10, 14, 18, y 39.1 “la mujer sola o soltera puede ser madre y si puede serlo por un derecho constitucional por vía de actos naturales, también podría deber serlo por procedimiento no naturales; línea de pensamiento que coincide con lo establecido en la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950 que contempla el derecho de la mujer a tener hijos aunque éstos no tengan padre legal”. Aquí podemos ver un artículo sobre el Derecho y los vientres de alquiler²³ en el que plasma que no porque nuestra norma no disponga expresamente la prohibición de tal práctica, ni sanciona a quienes la llevan a cabo encaje sin más con el marco constitucional. Alega que no encaja esta técnica porque atenta con el carácter inalienable de la dignidad, pues hace que las mujeres sean como un sujeto cosificado convertido en propiedad privada tal como una mercancía. Ahora bien, yo planteo la pregunta ¿en qué momento se atenta contra la dignidad? La mujer gestante, antes de comenzar con el procedimiento, pacta por escrito un convenio de forma libre, con propia voluntad, sin engaño, coacción ni violación. Desde un principio, la mujer gestante se ofrece siempre que quiera a llevar a cabo la gestación. Nadie le obliga. En cuanto a verse como una mercancía, es obvio que el embarazo conlleva unos gastos y que menos que prestar garantías durante el embarazo y después relativo a cualquier gasto. Habla de tres derechos fundamentales como es la dignidad, a la que ya hemos hecho referencia; libertad, en la que hemos señalado el consentimiento libre y voluntario y por último la igualdad. Aquí, a mi parecer, si se defiende la igualdad, desde que se aprobó la Ley 13/2005 que admite el matrimonio entre personas del mismo sexo, entiendo que debe tratarse de igual forma las parejas formada por dos mujeres como por dos hombres. ¿Por qué dos mujeres sí pueden acceder a la maternidad y dos hombres a través de esta técnica no?

Añade también dicho artículo la cuestión de la realidad globalizadora. Ponen de relieve una disparidad normativa existiendo países que sí admiten esta técnica. Sin embargo, señala que no podemos dejarnos arrastrar por otras regulaciones jurídicas. Aquí me pregunto ¿por qué es nulo el contrato de gestación por sustitución en nuestro país pero sí permitimos el registro civil del nacimiento del menor nacido en país extranjero por medio de gestación por sustitución? Acabo diciendo, que debería reformar nuestra

²³ ÁLVAREZ CONDE, E. /TUR AUSINA., R., “El Derecho y los vientres de alquiler”, *El Mundo*, 2017, pp.1-6, disponible en <http://www.elmundo.es/opinion/2017/05/22/5921cc8e468aeb304e8b4637.html> (consulta 22/05/17).

actual legislación pero no prohibiendo ni sancionando como dice este artículo por atentar contra derechos fundamentales, sino regularizar esta práctica con todas las garantías necesarias para que los ciudadanos españoles no se vean dificultados a la hora de salir y volver a entrar en nuestro país con un menor nacido mediante maternidad subrogada. Y reitero, a mi entender, considero que en ningún momento se vulnera derechos fundamentales como los tres anteriores.

Rocas Trías establece que “esta es una cuestión que sólo puede saberse cuando el legislador adopta la solución más conveniente, desde el punto de vista de la política jurídica del momento, pero sería mejor elegir una solución con los datos existentes y que no sea lícito escudarse en el absentismo²⁴”.

La postura que adopta Bercovitz Rodríguez-Cano es la siguiente: es madre la mujer que gestó el embrión y que da a luz (artículos 135 y 139 del Código Civil). Ello unido a la facilidad con que en principio se puede probar el hecho del parto y la identidad del menor, implica que la única manera de asumir la maternidad sea mediante adopción. El problema planteado aquí, es que la adopción no resulta nada sencilla²⁵.

Y para Lledó Yagüe²⁶, ya en la proposición de ley presentada por el grupo socialista sobre las técnicas de reproducción humana asistida, el nueve de mayo de 1987²⁷, se recordó que en España más de 700000 parejas estériles casadas en edad fértil de las que un cuarenta por ciento podrían beneficiarse de la fecundación in vitro o técnicas similares y un veinte por ciento de la inseminación artificial.

Lledó considera que el embrión debe tener los mismos derechos que el nasciturus, que el respeto a ese embrión es manifestación de la dignidad humana que se encuentra en crecimiento, al producirse una personalidad en desarrollo siendo una realidad biológica *in actu*.

Actualmente la doctrina contraria basa su oposición a la maternidad subrogada en lo establecido en la Ley de Reproducción Humana Asistida, fundamentada en dos argumentos conforme a los cuales se establece dos afirmaciones que muestro a continuación.

²⁴ ROCA TRÍAS, E., “La incidencia de inseminación-fecundación artificial en los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional”, en *La filiación a finales del siglo XX: problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Ponencias y comunicaciones, Vitoria-Gasteiz, 1988, pp. 17-50.

²⁵ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “La incidencia de inseminación-fecundación artificial en los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional”, en *II Congreso mundial vasco*, Vitoria-Madrid, 1988, pp. 17-50.

²⁶ LLEDÓ YAGÜE, F. “Alquiler de úteros y el problema de las madres sustitutas o por encargo”, en *II congreso mundial vasco*, Vitoria-Madrid, 1988, pp. 17-50.

²⁷ Boletín Oficial de las Cortes Generales Serle B: Proposiciones de Ley 9 de mayo de 1987, núm. 74-1 Proposición de Ley 122/000062 “técnicas de reproducción asistida”, presentada por el grupo parlamentario socialista.

La filiación de los hijos nacidos por gestación por sustitución viene determinada por el parto. Desde un punto de vista jurídico, existe la presunción de Derecho de que la madre es la que “alumbra” al menor.

Es nulo de pleno derecho cualquier contrato por el que se acuerde la gestación por parte de una mujer en favor de terceros²⁸.

Respecto a ello, la normativa española coincide con las legislaciones de otros países, como Francia e Italia, que tampoco admiten la gestación por sustitución. Igualmente en estos países la filiación se determina por el parto, de manera que, a efectos legales, debe considerarse madre a la mujer gestante y no a la biológica (en el caso que sean distintas).

Desde esta perspectiva cabe destacar la siguiente consideración: “el contrato de gestación por sustitución es nulo porque se opone al principio de indisponibilidad del cuerpo humano, ya que recae sobre las facultades reproductivas y de gestación de la madre, haciendo objeto de comercio una función de la mujer como es la maternidad y que no puede ser objeto de tráfico jurídico. Se opone también al principio de indisponibilidad del estado civil ya que trata de modificar las normas que determina la constitución de la relación paterno-filial²⁹.”

En cuanto a dicha postura, el Comité de Bioética de España, el pasado 20 de mayo de este año publicó un informe sobre la gestación por sustitución y mostró su postura contraria a dicha técnica pidiendo la prohibición de esta práctica a nivel internacional “en garantía de la mujer y del niño”. Dicho comité no sólo pide anular los contratos sino también sancionar a las agencias que se dedican a esta actividad. Desde un punto de vista jurídico plantean la falta de eficacia de las leyes de nuestro país así como si se debe reconocer a los padres comitentes la filiación legal del menor.³⁰

En cuanto a ello, me sorprende que un comité de bioética emita un informe sin base jurídica ni científica y basada en la moralidad de sus integrantes. En cuanto a la explotación de la mujer, se ignora una resolución del año pasado en la que el Parlamento de la Unión Europea instó a los países miembros a revisar las políticas restrictivas de la gestación por sustitución. La explotación se da cuando no hay una regulación eficaz y garantista.

²⁸ Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida, TRHA, artículo 10.

²⁹ SUYAPA FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOSES, A., “Eficacia jurídico-registral del contrato de gestación por sustitución”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, 2011, p. 2.

³⁰ STEGMANN, J. G., “La maternidad subrogada debe ser legalista, no prohibida”, Madrid, 2017, p. 2, disponible en http://www.abc.es/sociedad/abci-comite-bioetica-estigmatiza-ninos-concebidos-maternidad-subrogada-y-pone-riesgo-acoso-escolar-201705192247_noticia.html (consulta 7/6/17).

3.2 Posturas favorables a su admisión

Como nos demuestra la actualidad, la doctrina internacionalista se muestra favorable a la maternidad subrogada, considerando que dicha técnica es manifestación derivada del “derecho a procrear” implícito en los derechos fundamentales a la libertad y dignidad humana, a formar una familia y al libre desarrollo de la personalidad y contribuye a asegurar otros valores fundamentales tales como la protección del matrimonio o de la familia³¹.

Se recurre a la libertad reproductiva que supone la libertad de procrear o no, elegir cuándo, con quién y cómo hacerlo, y al derecho de las mujeres gestantes a servirse libremente de su cuerpo. La doctrina dice que ha quedado antiguo el argumento que esta técnica sea inmoral. La opinión de que la ley debe regular la conducta de acuerdo a la moral fue refutada con éxito hace más de 150 años por John Stuart Mill, que introdujo el “principio del daño” un menor para cualquier sociedad liberal y pluralista. Por lo tanto, se razona que la moralidad convencional no debe limitar la libertad de las personas a participar en actividades consensuadas cuando éstas no puedan menoscabar a otros.

En referencia a la explotación de la mujer gestante se dice que, tratándose de un acuerdo voluntario y libre no hay que hablar de explotación, ni aun interviniendo dinero. El argumento de la explotación se considera paternalista y menosprecia el consentimiento de la mujer gestante. Para algunos, el hecho de que la gestación por sustitución sea intercambiando contraprestación económica tampoco justifica que la subrogación deba prohibirse o que los contratos de gestación por sustitución no sean ejecutables³².

Se recurre a los principios de igualdad y no discriminación para defender a favor de la regulación y admisión de esta técnica de gestación por sustitución en atención a que es la única opción que tiene una pareja formada por dos varones de tener un menor genéticamente propio o en casos en que una mujer por razones biológicas o médicas no puede gestar.

Si se tiene en cuenta el método alternativo a esta técnica de gestación por sustitución a saber la adopción³³, adquiere más fuerza la justificación la maternidad subrogada por razones diferentes.

Los largos procesos para adoptar a un menor llevan a muchas parejas a buscar otras alternativas.

³¹ SELMA PENALVA, A., “Vientres de alquiler y prestación por maternidad”, *Revista Aranzadi Social Doctrinal*, nº9, 2013, pp. 223-244.

³² WERTHEIMER, A., “Exploitation and comercial surrogacy”, *Denver University Law Review*, núm. 74, 1997, pp.1215-1229.

³³ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., y DE MIGUEL ASENSIO, P.A., *Filiación, adopción, alimentos y sucesiones*, ed. Thomson, Vol. I, 2012, pp. 25-29.

Ha descendido el número de niños dados en adopción (especialmente en Estados Unidos, en 2004 adoptaron 22.884 y en 2014 adoptaron 6.441 menores. No había cifra tan baja desde 1982 con 5.749)³⁴.

No es justo establecer un doble estándar para las personas que no tienen problemas para concebir y otro para las que sí lo tienen: deber moral de adoptar para unos y exclusión del mismo para otros³⁵. La gestación por sustitución permite que, al menos un comitente, aporte su material genético³⁶.

Se argumenta que la gestación por sustitución no vulnera la salud física ni psíquica de la mujer gestante. Los estudios no han encontrado ningún tipo de trastorno en las mujeres que han actuado como gestantes. Ahora bien, es muy difícil construir una teoría sólida sobre la influencia y la naturaleza del intercambio prenatal, ya que depende de cada mujer y aparenta ser totalmente singular.

Por último, pero no menos importante, se sostiene que la gestación por sustitución no viola el interés superior del menor, debido a que éste nace en una familia. Además, el interés superior del menor, exige regularización de la gestación por sustitución, es decir, un marco legal que le proteja y le brinde seguridad jurídica.

En referencia a ambas posturas, surge la pregunta obligada: ¿es conveniente prohibir esta técnica de gestación por sustitución, declarar la nulidad del convenio y reconocer siempre y en todo caso la maternidad en la gestante, o ¿se debe regular esta técnica y reconocer la filiación de aquel/aquellos que han querido y buscado un bebé aun con todas las dificultades que se lo impidan?³⁷

4. GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN EL DERECHO COMPARADO

En el derecho comparado se encuentran tres posturas como son la prohibición de la gestación por sustitución; admisión, sólo cuando es altruista y bajo ciertos requisitos y admisión amplia. A continuación detallaré cada una de estas posturas.

³⁴ <http://www.infobae.com/2015/04/18/1722095-maltrato-politica-dinero-etica-las-adopciones-internacionales-eeuu-estan-baja/> (consulta 15/05/2017).

³⁵ Se puede ver cómo los gobiernos cierran las puertas a la adopción por parte de homosexuales y solteros a través de la noticia publicada en el periódico el PAÍS en 2013. http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/07/19/actualidad/1374259229_192034.html (consulta 15/05/17).

³⁶ URIBELARREA, L. M. L., “El impacto psicológico de la infertilidad”. *Papeles del Psicólogo*, 2008, vol. 29, Nº 2, pp. 158-166, disponible en <http://www.redalyc.org/pdf/778/77829202.pdf> (consulta 2/6/17).

³⁷ LAMM, E., “Gestación por sustitución. Realidad y Derecho”, *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, 2012, p. 95.

4.1 Ordenamientos jurídicos que prohíben la gestación por sustitución

En muchos ordenamientos, como Francia³⁸, Alemania, Suecia, Suiza, Italia³⁹, Austria⁴⁰ o España, la regla es la prohibición y la nulidad de los acuerdos de gestación por sustitución.

El Comité Consultatif National D'éthique de Francia, en su opinión número 3 del 23 de octubre de 1984, no se manifiesta a favor de la gestación por sustitución en tanto ésta puede servir de intereses comerciales y llevar a la explotación material y psicológica de las mujeres involucradas. La misma postura se reitera en la opinión número 90 del 24 de noviembre de 2005 sobre “Acceso a los orígenes, anonimato y confidencialidad de la filiación” y en su reciente opinión número 110, de mayo de 2010, sobre “problemes éthiques soulevés par la gestation pour autrui (gpa)”. En esta última afirma que la gestación por sustitución es contraria a la dignidad humana y puede crear graves secuelas al menor⁴¹.

La Ley alemana de protección del embrión 745/90 del 13/12/90, en su artículo 1, referido a la utilización abusiva de las técnicas de reproducción, establece que “1.será sancionado con pena privativa de libertad de hasta tres años o de una multa quien: a) procediera a transferir a una mujer el óvulo de otra; b) fecundara artificialmente un óvulo con fines distintos que los de iniciar un embarazo en la mujer de quien proviene el óvulo; [...]h) fecundara o transfiera artificialmente un embrión a una mujer dispuesta a entregar el menor a terceros después de su nacimiento”⁴².

En Suiza la gestación por sustitución está prohibida por el artículo 119.2 letra d) de la Constitución Federal (“La donación de embriones y todas las formas de maternidad de sustitución están prohibidas”) y por el artículo 4 de la ley federal sobre procreación médicamente asistida de 1998 (reformada en 2006) que expresamente prohíbe la gestación por sustitución en todas sus modalidades (tanto a título oneroso como gratuito).

³⁸ Cabe tener en cuenta que el artículo 16-7 Cód. Civ. Dispone que “todo convenio relativo a la procreación o la gestación por cuenta de otro será nulo”.

³⁹ El artículo 4.3 de la Ley núm. 40 del 19 de febrero de 2004, prohíbe el recurso a las técnicas de procreación médicamente asistida de tipo heterólogo.

⁴⁰ Conforme al artículo 2.3 de la ley federal sobre reproducción asistida del 1 de julio de 1992, los ovocitos y embriones sólo pueden ser utilizados en el paciente del cual proceden. De esta manera ni la donación de óvulos ni la gestación por sustitución son posibles en Austria.

⁴¹ LAMM, E., “Gestación por sustitución. Realidad y Derecho”, *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, 2012, p. 98.

⁴² Ley Alemana de Protección del embrión, núm. 745/90, artículo 1 referido a la utilización abusiva de las técnicas de reproducción, disponible en <https://www.bioeticaweb.com/alemania-ley-de-proteccians-del-embrians-n-74590-del-131290/> (consulta 14/5/17)

4.2 Admisión, sólo cuando es altruista y bajo ciertos requisitos y condiciones

Tal es el caso del Reino Unido, Canadá, Brasil⁴³, Israel, Grecia, México, Australia, Nueva Zelanda o Sudáfrica⁴⁴, o Portugal, con su nueva Ley, de la que hablaremos posteriormente, entre otros. Como veremos a continuación, este tipo de regulación se puede dividir en dos agrupaciones.

El primer grupo, como por ejemplo Grecia, Israel y Sudáfrica, regula un proceso de “pre-adopción” de los acuerdos de gestación por sustitución mediante el cual los comitentes y la gestante deberán presentar su arreglo ante un organismo (ya sea ante un juez, tribunal o comité) para que lo apruebe antes de proceder con el tratamiento médico. Estos organismos deben verificar el cumplimiento de las condiciones previstas en la legislación.

En Israel, la Ley 5746 sobre acuerdos de gestación por sustitución de 1996, exige entre otros, estos requisitos: (1) los comitentes deben ser una pareja conformada por una mujer y un hombre; (2) la comitente debe acreditar su infertilidad o incapacidad de llevar a cabo un embarazo; (3) los embriones deben haberse creado “in vitro” con óvulos de la mujer comitente o de otra mujer, y esperma del padre comitente; (4) la gestante no puede estar relacionada, excepto por adopción, a la comitente; (5) la gestante debe ser soltera, aunque el Comité puede aprobar el acuerdo si la pareja comitente acredita que hizo lo posible por celebrarlo con una mujer soltera; (6) la gestante debe profesar la misma religión que la comitente, pero si ninguna de las dos es judía, esto se deja de lado; (7) el acuerdo debe ser aprobado por un comité⁴⁵. La ley dispone que, la gestante no pueda rescindir el contrato, salvo que el tribunal considere que ha habido un cambio en las circunstancias que lo justifique y siempre que sea en mejor interés del menor. Se ha señalado que desde que la ley ha entrado en vigor en 1996, ninguna gestante ha tratado de rescindir el contrato y convertirse en madre legal.⁴⁶

En Grecia la gestación por sustitución está regulada por dos leyes: la Ley 3089/2002 y la Ley 3305/2005. Conforme a esta legislación, los contratos de gestación por sustitución están sometidos a una serie de requisitos. Así el artículo 1458 de la ley 3089/2002, establece que: “la transferencia de un óvulo fertilizado a otra mujer (el óvulo no debe ser de ella) y su embarazo deberá ser permitido por autorización judicial expedida antes de la transferencia, la cual será dada previo acuerdo escrito y sin

⁴³ En Brasil la resolución núm. 1957 de 15 de diciembre de 2010 del Consejo Federal de Medicina (CFM), establece: “las clínicas, de reproducción humana podrán crear una situación de gestación por sustitución, cuando exista un problema médico que impida la gestación por parte de la madre. En estos casos, la mujer gestante debe pertenecer a la familia de la madre biológica, en una relación de parentesco hasta el segundo grado. La donación de útero no podrá tener carácter lucrativo o comercial”.

⁴⁴ Children’s Act núm. 38,2005. véase el caso que reconoció la doble paternidad de un matrimonio homosexual que había tenido un hijo a través de gestación por sustitución, 27 de septiembre de 2011. Republic of south áfrica, *Government gazette*, vol. 492, nº28944, pp. 1-201.

⁴⁵ Ley israelí 5746 sobre acuerdos de gestación por sustitución de 1996

⁴⁶ LAMM, E., “Gestación por sustitución. Realidad y Derecho”, *Indret: revista para el análisis del derecho*, 2011 p.37. Los datos recogidos se refieren al periodo 1996-2009 en el que 265 niños nacieron en Israel y de esos 208 mediante gestación por sustitución. Basados en los registros del Comité legal.

beneficios económicos entre las partes. En el escrito debe constar también que la comitente es incapaz médicamente de gestar y que la gestante tenga buena salud y pueda concebir”. De esta manera sólo se permite la gestación por sustitución después de una resolución judicial dictada por el tribunal de distrito donde residan los comitentes y la gestante⁴⁷. El tribunal autoriza la subrogación siempre que: (1) la madre comitente pruebe su incapacidad médica para poder gestar; (2) la mujer gestante no sobrepase la edad de cincuenta años⁴⁸ y esté sana médica y mentalmente; (3) las partes presenten ante el tribunal su acuerdo por escrito; (4) el acuerdo puede permitir la compensación de los gastos; (5) si la gestante está casada, su pareja tiene que dar también su consentimiento por escrito; (6) los óvulos no pertenezcan a la gestante; (7) las partes sean griegos o residentes permanentes. Si se cumplen estos requisitos los comitentes se convierten en padres legales inmediatamente después del nacimiento del menor

En el segundo grupo, la regulación se refiere a poner en marcha un procedimiento para que los comitentes obtengan la paternidad legal del menor como resultado de un acuerdo de gestación por sustitución después del parto. Aquí la atención se centra en la transferencia de filiación post-parto.

En el Reino Unido, en 1985, se aprobó la Subrogacy Arrangements Act para el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, que sanciona penalmente la publicidad y gestión comercial cuya finalidad sea la realización de acuerdos de gestación por sustitución. Esta normativa prohíbe: iniciar o colaborar en negociaciones con el propósito de concertar un acuerdo de maternidad subrogada, o recopilar cualquier información con el propósito de su utilización en la realización de acuerdos de gestación por sustitución. Como se advierte, en Gran Bretaña, la gestación por sustitución gratuita o sin precio no puede reputarse ilegal. En otras palabras, Reino Unido tiene una posición prohibitiva de la gestación por sustitución con visión comercial, prohibiendo el contrato pero admite dicha técnica a título benévolo⁴⁹ y sin intermediarios. La filiación se determina con respecto a la mujer que da a luz. Sólo se transfiere, pasado un periodo de reflexión de 6 semanas, a los padres intencionales si éstos lo solicitan ante los tribunales⁵⁰. En las condiciones exigidas por la ley, el juez inglés puede establecer la filiación del menor respecto de los padres intencionales mediante una *parental order*⁵¹

⁴⁷ Además, la implantación sólo puede tener lugar después de la resolución judicial. Ley Griega 3089/2002, artículo 1458.

⁴⁸ QUIÑONES ESCÁMEZ A., “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución”, *Revista para el análisis del Derecho*, n° 3, 2009, p. 31.

⁴⁹ Se admite el pago a la gestante de los gastos razonables que se deriven de la misma entendiéndose que esa prestación no priva al contrato de su gratuidad.

⁵⁰ QUIÑONES ESCÁMEZ, A., *op. Cit.*, p. 32.

⁵¹ Artículo 54 de la ley Human Fertilisation and embryology, 2008. Órdenes parentales. el tribunal dicta una orden para que el menor sea legalmente tratado como hijo de los demandantes si ;(1) el menor ha sido gestado por una mujer que no es uno de los demandantes; (2) los gametos, de al menor uno de los demandantes han sido utilizados para el procedimiento;(3) los demandantes deben ser marido y mujer; (4) constituir una unión civil;(5) los demandantes deben solicitar la orden dentro del plazo de seis meses a partir del día del nacimiento del menor;(6) uno o ambos demandantes deben estar domiciliados en el Reino unido;(7) en el momento de presentar la solicitud, los demandantes deben tener, al menos, 18 años; (8) el tribunal debe asegurarse de que las partes han consentido libre y con pleno conocimiento a la

que transfiera la filiación inicialmente establecida, con respecto a la mujer gestante, a los comitentes. Se crea así dos actas o certificados de nacimiento. En el primero, la mujer que da a luz, es la que consta como tal y tiene un plazo para retractarse. Si da su consentimiento, se establece una nueva acta, esta vez, a favor de los padres intencionales⁵². Esta regulación ha sido reforzada, desde el pasado 1 de abril de 2009, con la entrada en vigor de la ley de fecundación y embriología humana (Human Fertilisation and embryology act, 2008), que mantiene los mismos principios pero extiende la posibilidad de que se establezca la filiación del menor respecto de las personas unidas en una unión civil del mismo sexo⁵³.

Como vemos, el segundo sistema es más protector de la gestante. No pone en peligro su derecho a adoptar decisiones autónomas respecto a su embarazo; conserva la regla tradicional de la maternidad (*mater semper certa est*) y protege a la gestante de su derecho a un cambio de parecer⁵⁴. Destaca su cierta ambigüedad, ya que implica que la gestante es también madre lo que se enfrenta a la filosofía de la técnica de gestación por sustitución⁵⁵.

Ahora bien el sistema previsto por el primer grupo, formado como por ejemplo, por Grecia, Israel y Sudáfrica, es más radical. Es protector frente a situación jurídicas de incertidumbre y cambios psicológicos o de parecer debido a que el sistema requiere que el acuerdo sea aprobado antes de la concepción y prevé que todas las partes intervinientes estén de acuerdo desde el principio. Aunque tampoco puede evitar futuras controversias que puedan surgir. Lo cierto es que las disminuye y las hace más fáciles de tratar.

4.3 Admisión amplia de la gestación por sustitución

Aquí vemos como ciertos países plasman una panorámica muy amplia respecto a nuestro tema. Tal es el caso de Georgia, Ucrania, Rusia, India y algunos estados de los Estados Unidos como California, entre otros.

realización de la orden;(9) el tribunal debe asegurarse que no se entregue ningún dinero (salvo el de los gastos) entre las partes.

⁵² QUIÑONES ESCÁMEZ, A., “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución”, *Revista para el análisis del Derecho*, nº 3, 2012, p. 40.

⁵³ La Civil Partnership Act (2004) ya establecía una equivalencia de efectos entre matrimonio entre personas del mismo sexo y la unión civil que regula. La adopción de menores ya estaba permitida por parejas del mismo sexo. Ahora, a través del artículo 42 de la nueva ley, se extiende la gestación por sustitución a estas parejas. QUIÑONEZ ESCÁMEZ, A., “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución”, *Revista para el análisis del Derecho*, nº 3, 2009, p. 46.

⁵⁴ LAMM, E., “Gestación por sustitución. Realidad y Derecho”, *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, 2012, p. 20

⁵⁵ LAMM, E., “Gestación por sustitución”, *Revista para el análisis del Derecho*, nº3, 2012, p.12. Esto a su vez se enfrenta con la donación de gametos, que asegura que los donantes no tienen vínculo de filiación con el menor.

La gestación por sustitución es absolutamente legal en Ucrania. Así lo permite el Código de familia y la orden 771 del ministerio de salud. En este sentido, el Código de familia, en su artículo 123.2 establece que si un embrión concebido por una pareja como resultado de la aplicación de técnicas de reproducción asistida, es transferido dentro del cuerpo de otra mujer, los padres del menor serán la pareja. Con el consentimiento de la gestante en el certificado de nacimiento constará directamente el nombre de los comitentes.

En Rusia, los aspectos legales de la gestación por sustitución se rigen por el Código de Familia de la Federación de Rusia⁵⁶ y la Ley federal de la salud, aprobada en noviembre de 2011, en vigor desde el 1 de enero de 2012. En Rusia pueden ser gestantes las mujeres que hayan consentido voluntariamente la participación y reúnan los requisitos siguientes: tener entre 20 y 35 años; tener un hijo propio sano; tener buena salud somática y psíquica. Aquí sólo se admite la gestación por sustitución gestacional.

En Georgia, por ejemplo, la gestación por sustitución sólo se admite en parejas heterosexuales casadas, excluyendo a las parejas homosexuales como también a las mujeres u hombres que busquen la maternidad/paternidad en solitario. Allí también se admite la donación de óvulos, permitiendo también que los futuros padres conozcan información detallada acerca de los donantes. En el certificado de nacimiento no constará el nombre de la gestante ni tampoco el de los donantes, sólo el de los futuros padres. Dicho certificado se obtiene a las 24 horas después del nacimiento del menor. Después de nacido, el menor es registrado a nombre de los padres intencionales en el registro de Georgia. Durante el registro los padres intencionales no requieren el consentimiento de la mujer gestante. Esto último es importante, ya que en muchos países es necesario que la gestante renuncie al menor, incluso antes de iniciarse el nacimiento, tal es el caso de Grecia o Israel.

En California encontramos la protección jurisprudencial más relevante a favor de los padres comitentes, a quienes declaran legalmente los padres del menor, tenga o no conexión genética con el mismo. Se admite la subrogación comercial, se obliga al cumplimiento de los convenios suscritos al efecto y se permite a los padres comitentes, independientemente de su estado civil u orientación sexual, ser considerados padres legales antes del nacimiento y sin necesidad de acudir a procedimientos de adopción⁵⁷.

⁵⁶ El Código de Familia en su artículo 51.4 establece que: los cónyuges que hayan dado su consentimiento por escrito para la aplicación de la fecundación in vitro o la implantación del embrión se inscribirán en el libro de nacimientos como los padres del menor por medio de dichas técnicas. Los cónyuges que hayan consentido por escrito para la implantación del embrión en el útero de la mujer gestante, sólo serán inscritos como padres del menor con el consentimiento de la gestante.

⁵⁷ VILAR GONZÁLEZ, S., "Situación actual de la gestación por sustitución", *Revista de Derecho UNED*, núm. 14, 2014, p. 940.

4.5 Turismo reproductivo como consecuencia de la diversidad de respuestas

Ante todas estas realidades que acabamos de exponer, ha surgido una tendencia que suele denominarse “turismo reproductivo”.

Este nuevo término puede definirse como el desplazamiento de un individuo o pareja desde su país de origen a otro país, para acceder a las técnicas de reproducción humana asistida. De forma más exacta sería el fenómeno que se identifica con el desplazamiento de posibles receptores de técnicas de reproducción asistida desde una institución, jurisdicción o país donde una técnica en concreto no se encuentra disponible, a otra institución, jurisdicción o país donde pueden obtenerla⁵⁸. La expresión “turismo reproductivo”, resulta, en cualquier caso difícil de armonizar con la idea de “turismo” como viaje de placer, aunque guarda coherencia con la definición cada vez más utilizada de turismo como industria, y deviene una manifestación más del fenómeno globalizador⁵⁹.

Como ha señalado la doctrina⁶⁰ este tipo de turismo causa una preocupación por varias razones que veremos a continuación.

Resulta únicamente una opción para aquellas personas que pueden permitírselo económicamente;

No es posible un control absoluto respecto a la calidad o seguridad de los servicios ofrecidos que pueden presentar riesgos para las mujeres y menores y que implica el riesgo de que las mujeres gestantes que viven en países en desarrollo sean menos garantistas que los países más ricos;

Tiene el inconveniente de dejar entrever la idea de que la reproducción humana es un objeto de comercio. Los términos *baby bussines* o industria reproductiva también ilustran esta integración de la reproducción humana en el dominio del comercio.

El turismo reproductivo puede generar diversos problemas como es la incapacidad de los comitentes y del menor de volver a su país debido a que no pueden obtener pasaporte o documento de viaje para el menor.

Esta situación se produce especialmente en Rusia⁶¹ o Ucrania, entre otros. Estos países, conforme a sus leyes, consideran padres a los comitentes, pero no otorgan la nacionalidad a los hijos de extranjeros nacidos en su territorio, por lo que los comitentes

⁵⁸ LAMM, E., Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni vientres de alquiler”, Revista para el análisis del Derecho, nº3, 2012, p. 50.

⁵⁹ FARNÓS AMORÓS, E., “Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California”, *InDret: Revista para el análisis del Derecho*, nº 3, 2010, pp.4-20.

⁶⁰ LÓPEZ GUZMÁN, J./APARISI MIRALLES, A., “Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada”, *Cuadernos de bioética*, Vol. 23, nº 78, 2012.

⁶¹ La Federal La won Citizenship of RF 2002, establece que si un niño nace en Rusia y es hijo de padres extranjeros, sólo adquiere la nacionalidad rusa si los padres tienen residencia permanente en Rusia y el país de nacionalidad de los padres no le otorgaría no le otorga nacionalidad al menor nacido en Rusia.

deben solicitar un pasaporte ante la representación consular de su país, que en ocasiones y por diversas razones⁶², se deniega.

Podemos ver también que el Estado de los comitentes puede que no reconozca la filiación reconocida en el estado que tuvo lugar el acuerdo de gestación por sustitución por razones de orden público.

Esto sucede, en general, en los casos en que el acuerdo de gestación por sustitución se realizó en los EEUU. Conforme a su normativa, el menor que nace allí adquiere la ciudadanía estadounidense y podría viajar allí con un pasaporte estadounidense. Las dificultades comienzan, cuando regresan al país de origen y los comitentes realizan la inscripción del menor de donde surge la filiación o mediante una acción judicial/administrativa procuran que se le reconozca el certificado de nacimiento extranjero o la sentencia extranjera relativa a la filiación legal del menor y esto es denegado, principalmente, por razón de orden público.

Entre los muchos casos que han tenido lugar⁶³, se encuentra el caso de los mellizos M&M resuelto por la corte de apelación de Lieja de 6 de septiembre de 2010.

Se trata de un matrimonio de varones casado en Bélgica que tienen gemelos en California mediante un contrato de gestación por sustitución. Una vez en Bélgica, solicitaron la transcripción de los certificados de nacimiento. El tribunal de primera instancia de Huy, en marzo de 2010, denegó dicha transcripción en los registros belgas sosteniendo que, como son consecuencia de un contrato de gestación por sustitución, su transcripción violaría el orden interno. Esta sentencia fue parcialmente revocada por la Corte de Apelación de Lieja de 6 de septiembre de 2010. La corte distinguió entre el padre biológico de las gemelas y el que no lo era. Conforme la legislación belga, como la gestante no estaba casada, el padre biológico podría haber reconocido a los menores y por lo tanto convertirse en padre legal. Para el otro hombre, en la legislación belga, no había posibilidad de establecer parentesco legal entre un menor y dos hombres del mismo sexo, fuera de la adopción de parejas del mismo sexo. Reconoció que los contratos de gestación por sustitución eran contrarios al orden público, sostuvo que la reserva de orden público debía ser matizada por el interés superior del menor, que se

⁶² LAMM, E., “Gestación por sustitución”, *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, n° 3, 2012, p. 6, Entre esas razones, se argumenta especialmente el orden público y fraude de Ley.

⁶³ LAMM, E., “Gestación por sustitución”, *Revista para el análisis del Derecho*, n° 3, 2012. Véase la sentenza della Corte d’Appello di Bari, de 19 de febrero de 2009, que reconoció en Italia un supuesto de gestación por sustitución llevado a cabo en Reino Unido. Los hermanos, nacidos en Reino Unido en 1997 y 2000, constaban en el registro italiano como hijos de la gestante y el padre biológico. Solo en 2007, como consecuencia de un proceso de separación matrimonial en Italia, se suscitó la rectificación de las actas del registro italiano. El tribunal accedió a la rectificación. Los argumentos fueron que la gestación por sustitución no era contraria al orden público internacional, que el orden debe valorarse en casos concretos, valorando los efectos derivados del rechazo de la demanda de rectificación en contraste con los derivados de su aceptación, y que en este caso, tres de los cuatro interesados eran extranjeros.

verían afectados si los menores son privados del vínculo jurídico con su padre biológico⁶⁴.

No sucedió lo mismo en Francia, con el caso *Menesson*. El matrimonio francés *Menesson* se desplaza a California y celebra con una norteamericana el contrato de gestación por sustitución por el que dará a luz al hijo de la pareja, concebido con los gametos del padre y un óvulo donado. La Corte Suprema de California confiere el 14 de julio de 2000 la calidad de padres a la pareja y cuando nacen las gemelas, se las inscriben como hijas de la pareja. El padre, solicita al consulado de Francia en los ángeles, la transcripción de las actas, pedido que es denegado al sospechar que las gemelas han nacido por medio de gestación por sustitución. El matrimonio nada dice de su proceder y no aportan prueba física del parto de la esposa y las actas son transcritas sobre los registros de estado civil de Nantes (Francia) el 25 de noviembre de 2002. El ministerio fiscal pide su anulación basándose en razones de orden público. El 25 de octubre de 2007, la Corte de Apelación de París, rechaza la acción de nulidad interpuesta por el ministerio fiscal. Se invoca, entre otras cosas, el interés superior de las menores, sobre la base del artículo 3 del Convenio de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño de 1989. La decisión fue recurrida ante la corte de casación. El 18 de marzo de 2010, este nuevo tribunal estima que la transcripción de las actas viola el orden público francés, por lo que se ordena su anulación. Ante esta resolución, el matrimonio aduce que esta decisión que reconoce la filiación de un menor nacido por gestación por sustitución como hijo de una pareja no es contraria al orden público internacional francés. Afirman que debe tenerse en cuenta el interés superior del niño ya que lo decidido ocasiona al menor la privación de filiación en Francia donde tiene su residencia y se violaría el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos del Hombre al no permitir el desarrollo del vínculo familiar y el artículo 14, al tratarlos de forma diferente por haber nacido mediante gestación por sustitución privándoles de la nacionalidad de sus padres⁶⁵.

4.6 Hacia una convención internacional sobre la cuestión

Ante esta situación de conflictos y el limbo jurídico en el que se encuentran hoy muchos menores, la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado está preparando un convenio específico para regular los acuerdos internacionales de gestación por sustitución cuya premisa es cómo los casos de gestación por sustitución internacional aumentan día a día y se requiere de manera urgente una regulación internacional que contemple este inevitable problema socio-legal⁶⁶. Cabe decir también, y como hemos

⁶⁴RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, E., Sentencia 6 de septiembre de 2010. Corte de Apelación de Lieja, *Revista perspectiva jurídica Up*, nº 2, pp. 4-6.

⁶⁵ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Menesson*, Francia, 2014 disponible en <http://revistas.usal.es/index.php/ais/article/viewFile/12785/13156> (consulta 13/05/17).

⁶⁶ LAAM, E., *op.cit.*, p. 22.

visto a lo largo del trabajo, además de tener muy presente el Derecho internacional privado, se mezclan otras ramas del Derecho como es civil, constitucional y laboral.

5 GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN ESPAÑA: SU NO REGULACIÓN

La Resolución de 18 de febrero de 2009 de la Dirección General del Registro y del Notariado supuso una novedad muy importante respecto a la problemática anteriormente mencionada relativa a las parejas que, al llegar a España, no podían inscribir a los menores obtenidos mediante gestación por sustitución, en países que sí permitían su práctica. Un ejemplo claro es que conocido caso valenciano⁶⁷ en relación con la paternidad atribuida en California a un matrimonio español formado por dos varones que a través de un contrato de gestación por sustitución llegaron a un acuerdo con una mujer californiana siendo inseminada con el material genético de los dos hombres españoles y con óvulos donados por otra mujer⁶⁸.

Los menores figuraban en el certificado de nacimiento expedido por las autoridades americanas como hijos de estos dos hombres sin aparecer el nombre de la mujer gestante. La documentación aportada junto a los certificados de nacimiento de los menores, la constituía los certificados de nacimiento de los promotores y el libro de familia de los interesados, con inscripción matrimonial del año 2005. El consulado de España en Los Ángeles denegó la inscripción de los menores como hijos de esta pareja de valencianos, casados tras la aprobación de la Ley 13/2005, de 1 de julio, que permite contraer matrimonio entre personas del mismo sexo.

El consulado argumentó su negativa por la “categórica prohibición” de la maternidad subrogada en España. A juicio del consulado, procedía la inscripción sólo a favor de uno de los hombres, y en todo caso, tramitar una adopción por el cónyuge, algo a lo que los interesados se negaban porque, el proceso de adopción es largo y el en intervalo podría darse situaciones que amenazara la relación del otro cónyuge con el menor. Además ellos alegaban que eran hijos de los dos por igual.

La DGRN pone de relieve que nada impide en la legislación registral realizar la inscripción de conformidad con el artículo 81 del Reglamento del Registro Civil. El control de legalidad de las certificaciones registrales extranjeras para acceder al Registro Civil Español no exige que éstas sean decisiones “idénticas” a las que se adoptarían en España, sino documentos públicos adoptados por una autoridad competente que desempeñe “funciones equivalentes” a la de las autoridades registrales

⁶⁷ TABERNERO MORENO, E., Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Valencia. Sentencia núm. 193/2010 de 15 de septiembre, *Diario La Ley*, nº7526, 2010, pp. 1-8.

⁶⁸ CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General del Registro y del Notariado de 18 de febrero de 2009”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol.1, nº 2, 2009, pp.294-319.

españolas (en este caso particular, constatación del nacimiento y filiación del nacido) y que no produzca efectos contrarios al orden público internacional español.

Además la certificación registral californiana constituye una “auténtica decisión” que no vulnera el orden público internacional ni lesiona los principios jurídicos básicos del Derecho español, ya que se admite la filiación entre varones o entre dos mujeres en caso de adopción, porque en España está prohibida la discriminación por razón de sexo, tal y como establece el artículo 14 de la CE sin que queda distinguir de esta forma entre hijos adoptados e hijos naturales, siendo ambos iguales ante la ley.

No permitir que la filiación de los nacidos constase a favor de dos varones resultaría discriminatorio, según refleja el artículo 14 de la CE ya mencionado, puesto que el artículo 7.3 de la Ley 14/2006 permite que la filiación de un menor conste en el Registro Civil a favor de dos mujeres. De acuerdo con esto último, “cuando la mujer estuviere casada y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, ésta última podrá manifestar ante el Encargado de Registro Civil del domicilio conyugal, que consienta en que cuando nazca el bebé de su cónyuge, se determina la filiación a su favor”. La Resolución citada sostiene también que, el interés superior del menor, visto en el artículo 3 de la Convención sobre los derechos del niño de 1989, exige que éstos queden al cuidado de los sujetos que han dado su consentimiento para ser padres. Y en este sentido se alega su derecho de tener una “identidad única” que se traduce en “una filiación única válida en otros países y no de una filiación distinta cada vez que crucen un país diferente”. Ambas cosas quedan garantizadas procediendo a la inscripción en nuestro Registro Civil de la certificación registral californiana.

La Resolución concluye diciendo que, a pesar de que los contratos de gestación por sustitución están prohibidos en España, ello “no es aplicable a este caso, ya que no se trata de determinar la filiación de los nacidos en California, sino de precisar si una filiación ya determinada en virtud de certificación registral extranjera pueda acceder al Registro Civil Español con los mismos efectos.” Afirma que “estos menores nacidos en California ostentan la nacionalidad española, porque según el artículo 17.1 del Código Civil español, son, españoles de origen los nacidos de español o española” señalando que “el citado precepto se refiere a los nacidos de padre o madre españoles y no a los hijos de padres o madres españoles”. Por tanto, el precepto no exige que haya quedado determinada legalmente la filiación. Es suficiente que quede acreditado el “hecho físico de la generación”. Por ello, para considerar “nacido” de español a un individuo, basta que consten “indicios racionales de su generación física por progenitor español”.

Por todo lo expuesto anteriormente, la Fiscalía de Valencia recurrió⁶⁹ la inscripción realizada mediante la referida resolución de la DGRN respecto a la posible existencia de un fraude documental, ya que en la documentación presentada no figuraba ninguna madre legal (aplicable en EE.UU, no en España). Dicho recurso fue admitido a trámite por el Juzgado de primera instancia de Valencia número 15 que, en resolución de 15 de

⁶⁹ Sentencia Audiencia Provincial de Valencia (Sección 10ª) núm. 824/2011 de 23 de noviembre.

septiembre de 2010, deniega en contra de lo establecido por la DGRN⁷⁰, la posibilidad de inscribir como hijos de ese matrimonio homosexual formado por dos varones a los gemelos concebidos en Los Ángeles mediante gestación por sustitución⁷¹.

Lo que esta sentencia plantea es la posibilidad de que el padre biológico de los menores ejercite la acción de reclamación de la maternidad y que, posteriormente, la mujer gestante renuncie a todos los derechos de modo que el otro cónyuge pueda adoptarlos.

Ahora bien, desde el punto de vista del Derecho Internacional Privado hay que tener en cuenta el análisis de los diferentes artículos que entran en conflicto y como deben ser entendidos junto con sus problemáticas, tal y como paso a explicar en los epígrafes siguientes.

5.1 El artículo 15 LRC de 1957⁷², la inscripción del nacimiento en el Registro Civil Español y la cuestión del “doble espejo”

Entra en escena el artículo 15 de LRC que exige que en el Registro costaran los hechos inscribibles que afectaran a los españoles y a los acaecidos en territorio español, aunque afecten a extranjeros y en todo caso se inscribirán los hechos ocurridos fuera de España, cuando las correspondientes inscripciones deban servir de base a inscripciones exigidas por el Derecho español. El primer supuesto no concurre, dado que los menores, como ya se ha expuesto anteriormente, nacieron en California. La duda surge en relación con el segundo párrafo del artículo 15. Aquí se unirá el artículo 17.1 del CC e indica que son españoles de origen “los nacidos de padre o madres españoles”. A partir de aquí la DGRN plasma en la Resolución de 18 de febrero de 2009 su propia interpretación del precepto.

El citado artículo 15 de LRC, pudo haber hecho mención a los “hijos” de padre o madre españoles pero prefirió emplear el término “nacidos” para evitar el problema del llamado *circulus inextricabilis*, “doble espejo”, o “problema circular”. Este problema surge cuando la determinación de la nacionalidad se vincula con la cuestión de la filiación y, al mismo tiempo, la filiación se vincula con la determinación de la nacionalidad del menor. Como señala el artículo 9.4 del CC “la filiación se rige por la

⁷⁰ Auto Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 16 de mayo de 2012. En Id. Cendoj: 28079119912013100019

⁷¹ FARNÓS AMORÓS, E., “Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California”, *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, 2010, disponible en http://www.indret.com/pdf/711_es.pdf, pp. 4-20. CALVO CARAVACA, A.L / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Gestación por sustitución y derecho internacional privado: consideraciones en torno a la resolución de la Dirección General del Registro y del Notariado de 18 de febrero de 2009”, *Cuadernos de derecho trasnacional*, 2009, Vol.1, nº 2, p. 22 / QUIÑONES ESCÁMEZ, A., “Doble filiación paterna de gemelos en el extranjero mediante maternidad subrogada”, *Revista para el análisis del Derecho*, nº 3, 2009.

⁷² El artículo 15 que se cita en dicha resolución ha sido modificado posteriormente por la LRG 20/2011 de 21 de julio.

Ley nacional del sujeto”, pero para determinar su nacionalidad, hay que conocer antes su filiación y saber quiénes son sus padres. El problema circular se rompe con el término “nacidos”. Por medio de esta expresión puede afirmarse que no es exigible estar determinada legalmente la filiación del menor respecto de un padre o madre españoles. Por lo tanto será suficiente que se pruebe el “hecho físico de la generación” del menor. Así pues, debe considerarse “nacido” de padre o madre españoles si es posible recabar “indicios racionales de la generación física del nacido por el progenitor español”.

5.2 El artículo 81 del Reglamento del Registro Civil. Círculo hermenéutico y posibilidades

El citado artículo expone que “el documento auténtico sea original o testimonio, sea judicial, administrativo o notarial, que sea título para inscribir el hecho que da fe”. También lo es el documento auténtico extranjero, con fuerza en España con arreglo a las leyes o los tratados internacionales⁷³. Es un buen reflejo de diversas ideas que constituyen el círculo hermenéutico de este precepto⁷⁴.

Cuando se dispone de documento auténtico, sea original o testimoniado, expedido por autoridades extranjeras, judiciales, administrativas o notariales, no es esencial, para practicar una inscripción en el Registro Civil Español, instar *ex novo* dicha inscripción. Ahora bien, dicho documento judicial, administrativo o notarial extranjero, configura el “título para inscribir el hecho que da fe”.

No es suficiente la mera presentación de dicho título para lograr la inscripción en el Registro Civil Español. Dicho título debe superar un control de “legalidad” para tener fuerza en España. Existen también dos modos de superar el control de legalidad. Por un lado mediante la aplicación de un instrumento legal internacional que fija el nivel, profundidad y procedimiento del control. Por otro lado, mediante los procedimientos establecidos en leyes españolas.

El artículo 81 RRC, no ofrece ningún rasgo acerca de los requisitos que deben satisfacer el documento registral extranjero a fin de poder practicar la correspondiente inscripción en el Registro Civil Español respecto del título registral extranjero.

También es importante destacar lo que este artículo no exige: que la solución proporcionada por las autoridades registrales extranjeras sea igual a la solución que ofrece las normas jurídicas españolas. El artículo 81 RRC requiere que las certificaciones registrales superen un control de legalidad, “pero dicho control no consiste en exigir que la autoridad registral extranjera haya resuelto el caso de modo idéntico o como lo habría resultado las autoridades españolas”.

⁷³ Reglamento del Registro Civil, publicado en el BOE núm. 296 de 11 de diciembre de 1958.

⁷⁴ CALVO CARAVACA, A.L/ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: Consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009”, *Revista para el análisis del Derecho*, nº 3, 2009, p.33.

Existen diversas razones⁷⁵ para considerar que no se debe exigir que la “solución californiana” respecto a la cuestión de filiación de estos menores sea igual a la “solución española”, ya que dicha exigencia habría sido irrazonable, pues las autoridades registrales extranjeras aplican sus propias normas de conflicto para determinar la Ley reguladora de la filiación de los nacidos en California.

En la idea de reducir los “costes de transacción conflictuales” es más frecuente será que las autoridades californianas hayan solventado el caso mediante la aplicación de normas sustantivas distintas a las que habrían aplicado las autoridades registrales españolas. Ello conduce a la compartimentación espacial de la solución jurídica para los menores, ya que tendrían una determinada filiación en California y otra diferente en España y deberían volver a plantear *ex novo* la inscripción en el Registro Civil español. Ello vulneraría la más elemental economía procesal e implicaría a todos los Estados implicados. De éste modo, al posibilitar la “importación” en España de las decisiones públicas extranjeras, se logra que las situaciones jurídicas de los particulares no cambien de un Estado a otro.

Lo que se exige en este artículo 81 RRG es que la certificación extranjera tenga “fuerza de Ley”. Pero aquí el legislador guarda silencio respecto al exequátur de Sentencias extranjeras dictadas en materia de Derecho Privado, existiendo en España una laguna legal, al no contener los efectos legales que debe producir las certificaciones registrales extranjeras. Por ello se acude a lo que contempla la Dirección General de los Registros y del Notariado en cada caso concreto, afirmando que no debe tratarse del mismo sistema legal al exequátur y estar a cada caso. La autoridad ante la que se plantee la cuestión, es quien valorará si la certificación surte efectos legales en España debiendo tener eficacia legal cumpliendo los requisitos expuestos anteriormente.

Finalmente, quiero destacar aquí la nueva reforma del Registro Civil entrando en vigor el 30 de junio de 2017 y modificación de su artículo 96 en referencia a la convalidación de las sentencias extranjeras. Dicha reforma requiere que las sentencias adquieran firmeza y carácter definitivo para proceder a su inscripción.

Ahora bien, dicha inscripción se puede realizar mediante exequátur, contemplado en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 o ante el Encargado del Registro Civil quien verificará la autenticidad y regularidad formal de los documentos prestados; la equivalencia de criterios con respecto a la legislación española; que todas las partes sean notificadas para preparar el procedimiento y revisa también que la inscripción no sea incompatible con el orden público español.

Pues bien, el Encargado del Registro Civil notificará a las partes la resolución. Los interesados podrán interponer recurso ante la dirección general de los registros y del notariado o solicitar exequátur de la resolución judicial.⁷⁶

⁷⁵ BEORLEGUI, A., “Maternidad Subrogada en España”, Febrero 2014, disponible en <https://academica-e.unavarra.es/> (consulta 3/04/17).

⁷⁶ Artículo 96 del Registro Civil. Reforma que entrará en vigor el 30 de junio 2017.

5.3 Cuestión del fraude de ley y del *forum shopping*

Debe subrayarse que en ningún caso se está en presencia de un fraude de Ley. Aquí, la DGRN mantiene una posición tajante al respecto y una elaborada doctrina al recordar el lector que el “fraude de ley internacional” exige manipulación del punto de conexión de la norma de conflicto española. Con ello se crea una vinculación aparente, formal, entre el caso y un determinado país, cuya ley debe ser aplicada al caso concreto. Para que exista “fraude de ley internacional”, los particulares alteran el sentido normal de la norma de conflicto, ya que consiguen la aplicación de una norma estatal del país más vinculado con el caso fáctico. En el fraude de ley, los particulares crean una “vinculación aparente”.

Es decir, habría fraude de ley internacional en el caso de que los particulares hubieran fingido o creado la mera apariencia formal y legal pero sin contenido sustancial, consistente, por ejemplo, en presentar al menor como un sujeto de nacionalidad norteamericana y con domicilio en California. Ello habría provocado la aplicación de la ley californiana por un juez español competente para decidir sobre la filiación de los menores⁷⁷. En el presente caso, no existió ninguna alteración del punto de conexión de la norma de conflicto⁷⁸.

La DGRN dice que tampoco se puede considerar que los interesados de este caso en concreto “hayan incurrido en el conocido como forum shopping fraudulento”. Según la común doctrina, existe forum shopping fraudulento cuando los particulares “sitúan” la resolución de un caso ante los tribunales de un Estado que no presentan una “relación sustancial” con el caso en cuestión. Para justificar que el presente supuesto no ha incurrido en forum shopping fraudulento, la DRGN⁷⁹ argumenta diciendo que las partes no han creado un status jurídico inalterable. Las partes han presentado ante el Registro Civil Español una certificación registral extranjera que no impide un recurso ante los tribunales, que podrán eventualmente, establecer con carácter definitivo, la filiación de los nacidos en California. La inscripción puede ser posteriormente rectificada por decisión judicial.

Sigue diciendo que el mundo está dividido en Estados y cada uno de ellos tiene sus propias leyes. Cada ordenamiento jurídico refleja una idea particular, tan legítima como la otra. La solución que la ley californiana ofrece a los casos de gestación por sustitución es tan justa como la española.

Visto que no existe ninguna regulación legal específica de esta cuestión y que por tanto, dicho sistema se construye por casos concretos, la DGRN indica que el ajuste de la certificación registral californiana con el orden público español incluye la cuestión de

⁷⁷ Artículo 9.4 Código Civil Español.

⁷⁸ BEORLEGUI, A “maternidad subrogada en España” 2014, disponible en <https://academica-e.unavarra.es/> (consulta 5/04/17).

⁷⁹ Dirección General de los Registros y del Notariado, 18 de febrero de 2009.

un eventual *Bad Forum Shopping*. Es decir, incluso si se considera que los particulares han situado de modo artificioso la cuestión de la filiación de los menores en manos de las autoridades de California, debe primar siempre, el interés superior de los menores y que exige “la continuidad espacial de la filiación y la coherencia internacional de la misma y un respeto del derecho a la identidad de los menores”⁸⁰.

5.4 Instrucción del 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado: régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución

La instrucción del 5 de Octubre de 2010 se publica el 7 de octubre de ese mismo año en el Boletín Oficial del Estado, de la DGRN, sobre el régimen de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. Se establece como requisito previo para su registro, que las mujeres gestantes hayan renunciado previamente a su filiación materna así como la presentación de una resolución judicial que haya dictado un Tribunal competente del país de origen. Así quedará “demostrada la plena capacidad jurídica y de obrar de la mujer gestante, la eficacia legal del consentimiento prestado por no haber incurrido en error sobre las consecuencias y el alcance del mismo, ni haber sido sometida a engaño, violencia o coacción”. También dispone que quedará verificado que no existe simulación en el contrato de gestación por sustitución que encubra el tráfico ilegal de menores, así como la eventual previsión y posterior respeto a la facultad de revocación del consentimiento y otros requisitos previos en la normativa legal del país de origen⁸¹.

La resolución que determina la filiación del menor, dictada por un Tribunal extranjero, debe ser incorporada, según la doctrina consolidada del Tribunal Supremo, reconocida en España de conformidad con los artículos 954 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil; esto es, el *exequátur*.

El citado artículo 954 de la LEC de 1881 sostiene al respecto lo siguiente: “las ejecutorias tendrán fuerza en España si refleja que haya sido dictada a consecuencia del ejercicio de una acción personal; que no haya sido dictada en rebeldía; que la obligación para cuyo cumplimiento se haya procedido de lícita en España y que la carta ejecutoria

⁸⁰ CALVO CARAVACA, A.L / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.,” Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, 18 de febrero de 2009, párrafo séptimo: “prima siempre el interés superior del menor, en todo caso, sobre otras consideraciones”, *Cuadernos de derecho trasnacional*, Vol.1, nº 2, 2009, pp.294-319.

⁸¹ SUYAPA FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, A., “Eficacia jurídico-registral del contrato de gestación por sustitución”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 3, 2011, pp. 127-146.

RUBIO TORRANO, E., “Inscripción como hijos de varones nacidos mediante gestación por sustitución” *Revista Aranzadi civil doctrinal*, nº 9, 2011, pp. 11-14.

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

reúna los requisitos necesarios en la nación en que se haya dictado para ser considerado como auténtica y los que las leyes españolas requieran para que haga fe en España⁸²”.

En caso de que la resolución derive de un procedimiento de jurisdicción voluntaria, la inscripción de la filiación no queda sometida al requisito del exequátur, sino al reconocimiento de la resolución por parte del encargado del registro. En ese control, el encargado debe verificar que se produce⁸³ la regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de los documentos que se hubieran presentado; que el tribunal de origen hubiera basado su competencia en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española; que se hubieran garantizado los derechos de las partes, en particular, de la mujer gestante; que no se haya producido una vulneración en el interés superior del menor y de los derechos de la mujer gestante. Esta última debe prestar consentimiento libre y voluntario, sin incurrir en dolo, violencia o engaño y teniendo capacidad suficiente y por último, Que la resolución judicial sea firme y los consentimientos prestados sean irrevocables o bien, si están sujetos a un plazo de revocabilidad, según la legislación extranjera, que éste hubiera transcurrido sin que sea ejercitado.

Por lo tanto, el encargado del registro civil ante la solicitud de filiación del menor en el extranjero mediante gestación por sustitución sin que se presente al mismo tiempo una resolución judicial o el exequátur que determine la filiación, deberá denegar la inscripción. La referida instrucción expresa que en ningún caso se admitirá como título apto para la inscripción del menor y su filiación, una certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que conste la identidad de la mujer gestante.

Dicha resolución judicial del país de origen tiene la finalidad de controlar el cumplimiento de los requisitos de perfección y contenido del contrato respecto del marco legal del país donde se ha formalizado, así como la protección de los intereses del menor y de la mujer gestante.

⁸² Artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1881.

⁸³ Estos requisitos están establecidos en la Instrucción de los Registros y del Notariado publicado el 7 de octubre de 2010 en el Boletín Oficial del Estado, Disposición primera, apartado tercero.

6 PROPUESTA DE ADMISIÓN DE LA MATERNIDAD POR SUBROGACIÓN: EL CONTRATO DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

6.1 Contenido esencial del convenio o contrato

El convenio de gestación por sustitución, es el que se aplicaría de ser aprobada la maternidad subrogada en España, una vez realizadas las reformas necesarias en el actual Derecho de filiación, y regularía cada situación a la hora de llevar a cabo este procedimiento en la que una mujer, mediante contraprestación o sin ella, se comprometería a gestar a un menor, de forma que otra persona u otras podrían ser padres, bien sea de forma biológica o no⁸⁴. Con este convenio, la gestación por sustitución sería legal y autorizado, siempre y cuando se cumplan los requisitos que ahora veremos.

6.2 Concepto de contrato de gestación por sustitución

Como referente para acercarnos al concepto del contrato gestación por sustitución, Vela Sánchez⁸⁵ lo define como un negocio especial de Derecho de filiación, formalizado en un documento público notarial, que puede ser oneroso o gratuito, y por el que una mujer capaz consiente libremente en llevar a cabo la gestación, mediante técnicas de reproducción asistida, aportando o no su óvulo, con el compromiso irrevocable de entregar el nacido a los intervinientes, que pueden ser sujetos individuales, pareja matrimonial o de hecho, plenamente capaces y de los cuales al menos uno sea aportante del material genético, salvo en supuestos previstos en la ley.

Unas de las características esenciales en este contrato, derivadas de la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, son la capacidad plena y consentimiento libre de las partes contratantes, irrevocabilidad del consentimiento y constancia del origen biológico del nacido.

A pesar del silencio en la instrucción mencionada, parece algo fundamental a tener en cuenta y por otro lado discutible, la posibilidad de cumplir de forma económica. El hecho de que cada parte deba acarrear con lo propuesto, nos lleva a pensar que debe existir una responsabilidad en caso de incumplimiento derivado de ese contrato.

El hecho de haber visto que se califica como un negocio familiar especial, no le resta eficacia vinculante, a diferencia de lo que puede ocurrir en otros ordenamientos. Así,

⁸⁴ VELA SÁNCHEZ, A. J., *Maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*, ed. Comares, Granada, 2012, pp. 25-29.

⁸⁵ VELA SÁNCHEZ, A. J., *Maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*. ed. Comares, Granada 2012, pp. 30-33.

como vemos, en la legislación inglesa, aun admitiendo la legalidad de este convenio (y la falta de responsabilidad penal de las partes contratantes), se le priva de obligatoriedad jurídica, lo que conlleva que, si los padres contratantes se niegan a realizar la contraprestación económica o la mujer rehúsa entregar el niño, el juez no puede compelerlos a cumplir el contrato. En esta legislación, la mujer gestante es siempre la madre legal, de modo que los contratantes son automáticamente los padres legales del niño y puede que nunca lo sean, dependiendo de la situación, en concreto, por la falta de material genético de cualquiera de los padres. Ante la ineficacia jurídica del convenio de maternidad subrogada, si un juez inglés es requerido para que decida con quien ha de quedar el niño, siempre debe primar el interés del menor, debiendo quedar con los padres biológicos, porque la mujer gestante no puede ser objeto de un contrato igual que el niño no puede ser objeto de negocio jurídico. Por lo que se puede prever una retribución económica a la mujer gestante con el fin único de proporcionarle las condiciones más beneficiosas durante la gestación y el parto.

6.3 Forma del contrato de gestación por sustitución

Tras lo dicho anteriormente, la forma que debería adoptar el contrato de gestación por sustitución sería la de estar formalizado en documento público notarial, realizado con anterioridad al embarazo de la mujer gestante, siendo el notario interviniente quien deba constatar el cumplimiento de todos los presupuestos.

Así, paso a analizar los elementos de este tipo de contrato:

La conveniencia de forma pública

La citada Instrucción del 5 de octubre de 2010 no dice nada acerca de la formalidad del convenio de gestación por sustitución realizado en país extranjero, tan sólo en su Exposición de Motivos se refiere “al cumplimiento de los requisitos de perfección” del contrato y la Directriz primera apartado a) exige la “autenticidad formal de los documentos que se hubieran presentado”. Atendiendo a estas consideraciones, debería exigirse en España forma pública⁸⁶, mediante escritura pública notarial, a la vista del colapso judicial. Sería el notario quien constatará la plena capacidad de las partes, edad requerida y la libertad de consentimiento de la mujer gestante evitando posibles errores, engaños o violencia.

Consentimiento previo a la inseminación artificial

Es presupuesto imprescindible que el mismo se realice con carácter previo a la inseminación artificial de la mujer gestante. Algo previsto en la mayoría de las legislaciones extranjeras, en concreto, así se deduce del Proyecto del Senado Francés y también en la Legislación mexicana. De esta forma, quedaría excluida la posibilidad de

⁸⁶ FÁBREGA RUIZ, C.F., *Biología y filiación: aproximación al estudio jurídico de las pruebas biológicas de paternidad y de las técnicas de reproducción asistida*, ed. Comares, Jaén, 1999, p. 30.

un embarazo natural de la mujer gestante anterior o posterior al posible acuerdo de maternidad subrogada⁸⁷.

6.3.1 Consentimiento de la gestación por sustitución

Aquí podemos hacer referencia a la voluntariedad e irrevocabilidad de ambas partes. Así pues, el notario interviniente deberá verificar especialmente que el consentimiento de la mujer gestante se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia o intimidación⁸⁸.

Este presupuesto relacionado fundamentalmente con la mujer gestante expone el interés de protección más necesitado en este convenio de maternidad subrogada. Es por ello por lo que el apartado 3,d) de la Primera Directriz de la Instrucción del 5 de octubre de 2010 exige que “no se haya producido una vulneración del interés superior del menor ni de la mujer gestante” y la Exposición de Motivos de dicha instrucción habla de “constatar la eficacia legal del consentimiento prestado por no haber incurrido en error sobre las consecuencias y el alcance del mismo, ni haber sido sometida a engaño, violencia o coacción”⁸⁹.

En otras legislaciones, este consentimiento informado se requiere, no como en nuestro caso a los fedatarios públicos, sino a los médicos especialistas intervinientes en el proceso de reproducción asistida. Así, en la legislación rusa, se prevé que la mujer gestante “tendrá el derecho a la información sobre las técnicas de fecundación in vitro e implantación del embrión, los aspectos médicos y legales de sus consecuencias, datos del examen médico-genético y el aspecto y nacionalidad del donante”⁹⁰ Así mismo, en la legislación mexicana se contempla expresamente que “ respecto de las obligaciones de los médicos tratantes que realicen esta práctica, deberá informar ampliamente a las partes involucradas sobre las consecuencias médicas, biológicas y legales de la transferencia de embriones en el cuerpo de la mujer gestante”. Solicitará los documentos que acrediten que las personas que van a intervenir cumplen con las formalidades y requisitos legales y físicos. En tanto serán acreedores a las responsabilidades civiles y penales los médicos tratantes que realicen la práctica sin el consentimiento y plena aceptación de las partes.

En cuanto a la irrevocabilidad de las partes podemos señalar que el consentimiento prestado en el convenio de gestación por sustitución será irrevocable con independencia de su carácter oneroso o gratuito.

⁸⁷ Aun siendo absolutamente contraria a la eventualidad de un convenio de gestación por sustitución, LÓPEZ PELÁEZ, P., entiende que “en definitiva, para que haya un verdadero supuesto de gestación por sustitución es necesario que el acuerdo o contrato sea previo al embarazo, que éste se desarrolle precisamente respecto de ese acuerdo, tenga su causa en él y por tanto, sea posterior al mismo.

⁸⁸ VELA SÁNCHEZ, A.J., *Maternidad subrogada: estudio hacia un reto normativo*, ed. Comares, Granada, 2012, pp. 27-30.

⁸⁹ Instrucción del 5 de octubre de 2010, de la DGRN sobre el régimen de aplicación de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.

⁹⁰ Artículo 35 de la Ley 22 de Junio de 1993.

La irrevocabilidad del consentimiento y previa información de sus consecuencias jurídicas a la mujer gestante, es esencial para la virtualidad del convenio de gestación por sustitución. Se prevé en la propia Instrucción del 5 de octubre de 2010, pudiendo ser *ab initio* o en el plazo que establezca la legislación correspondiente. Es cierto que, debe tenerse en cuenta la posibilidad de renunciar a la maternidad, contemplada en nuestro ordenamiento jurídico, pues conforme al artículo 177.22 apartado tercero del Código Civil, la madre puede asentir para dar en adopción al menor, pero no podrá presentarse ese asentimiento “hasta treinta días después del parto”. Dicha irrevocabilidad inicial garantizaría una seguridad a la hora de celebrar el convenio y evitaría reclamaciones como la filiación pues, como se ha dicho, se parte de la premisa general que uno o ambos de los padres o madres interesados deben ser aportantes del material genético, por lo que, conforme al artículo 10.3 de LTRHA, los progenitores biológicos, podrán ejercitar la acción de reclamación de la paternidad o maternidad extramatrimonial sin posesión de estado⁹¹.

6.4 Requisitos exigibles para las diferentes partes intervinientes en el convenio

Se exige determinados requisitos, muchos de ellos recogidos en legislaciones de otros países, como California, Ucrania o Rusia, entre otros, donde se permite la gestación por sustitución, para los padres o madres intervinientes en el contrato. Así, vemos a continuación qué es necesario para ello.

Será imprescindible que la persona sea soltera o pareja matrimonial o de hecho estable⁹², tanto heterosexual como homosexual. El interviniente deberá ser mayor de veinticinco años y en caso de ser pareja o matrimonio, basta que uno de ellos tenga dicha edad. La razón de la exigencia de la edad de veinte cinco años entronca con el criterio deducido del propio régimen de adopción. Parece entenderse que si el legislador exige esta edad para ser adoptante, por la transcendencia y madurez que supone e implica la paternidad o maternidad, debería seguirse el mismo criterio para la realización del convenio de gestación por sustitución.

En esta línea la Legislación mexicana hace referencia a “la pareja unida mediante matrimonio que vive en concubinato”, el Proyecto francés alude a “las parejas heterosexuales infértiles” que hayan contraído matrimonio y acrediten un mínimo de dos años de convivencia; mientras que las legislaciones rusa⁹³ y ucraniana⁹⁴, requiriendo “una pareja conyugal”, de manera que su matrimonio debe hallarse inscrito en el Registro Civil en la fecha de implantación del embrión.

⁹¹ Artículo 133 del Código Civil conforme a la interpretación de éste fijada por el TC en la sentencia 273/2005 de 27 de octubre y 52/2006 de 16 de febrero.

⁹² Disposición del Código Civil y Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción que requiere “una pareja unida de forma permanente por relación de efectividad análoga a la conyugal”.

⁹³ Orden del Ministerio de Salud Pública Ruso “sobre la aplicación de las técnicas de reproducción asistida en el tratamiento de infertilidad femenina y masculina, de 26 de febrero de 2003.

⁹⁴ Ley Ucraniana sobre “trasplantes de órganos y otros materiales anatómicos humanos” 16 de julio de 1999.

En referencia a la mujer o mujeres interesadas, debe acreditarse, mediante certificación médica expedida por dos especialistas independientes, la imposibilidad biológica del embarazo o de llevarlo a cabo sin peligro grave para su salud o la del menor⁹⁵.

Este requisito ha sido tomado literalmente del Proyecto del Senado Francés porque parece muy adecuada la alternativa de esterilidad, ocasionada por causas naturales, genéticas, de enfermedad o de edad. También la Ley mexicana habla de “la imposibilidad permanente o contraindicación médica”, respecto de la mujer gestante y en Brasil, dispone que “las clínicas de reproducción humana podrán crear una situación de gestación de sustitución cuando exista un problema médico que impida o contraindique la gestación por parte de la dadora genética”⁹⁶.

El padre o madre interesado, si es persona sola, o al menor uno de los padres o madres intervinientes, si se trata de pareja matrimonial o de hecho estable, deberá ser portador del material genético, salvo en los supuestos previstos legalmente.

Esta exigencia en la que el contratante o, al menos uno de los padres contratantes sea progenitor biológico excluiría pues, los casos de intervención exclusiva de personas ajenas en la inseminación artificial de la mujer gestante. Como ya se ha señalado, esta premisa contractual podría fundamentarse en el dato esencial de que el convenio de gestación por sustitución sólo sería concebible legalmente, en principio, como medio para solventar problemas de infertilidad, es decir, como instrumento para el logro de la paternidad o maternidad biológica de al menos, uno de los miembros de la pareja⁹⁷.

También vemos como “el comitente o comitentes aceptarán expresamente la eventualidad de la discapacidad psíquica o física que pueda tener el menor”⁹⁸.

Es decir, la pareja comitente o la persona soltera contratante deberán firmar un acta de responsabilidad por el cual se comprometan a aceptar al menor tal y como nazca. La irrevocabilidad del consentimiento *ab initio* y el surgimiento del derecho a la filiación del menor desde el momento de celebración del contrato de gestación por sustitución, impide al comitente o comitentes renunciar al menor así nacido. Del mismo modo, si se detectase alguna clase de anomalías en el feto, el comitente o comitentes no podrán obligar a la mujer gestante a abortar, aunque ésta tenga el derecho del artículo 15 de la

⁹⁵ VELA SÁNCHEZ, A.J., *Maternidad subrogada: estudio hacia un reto normativo*, ed. Comares, Granada, 2012, p. 89.

⁹⁶ Resolución 1358/92, de Consejo Federal de Medicina, en su sección séptima. Brasil

⁹⁷ LAMM, E., “Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni vientres de alquiler”. (Es por eso que tratándose de una pareja homosexual, la gestante debería ser inseminada con el material genético de uno de ellos; si es una pareja heterosexual, si bien lo ideal sería que el material genético procediera de ambos, de no ser así, al menor uno de ellos), *Revista para el análisis del Derecho*, núm. 3, 2012, pp. 24-29.

⁹⁸ VELA SÁNCHEZ, A, J, *Maternidad subrogada: estudio hacia un reto normativo*, ed. Comares, Granada, 2012, p. 66.

LO 2/2010 de 3 de marzo⁹⁹, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

En este punto hago referencia a los presupuestos exigidos a la mujer gestante que deben ser cumplidos para que el convenio de gestación por sustitución sea válido.

Así pues, la mujer gestante debe tener más de veinte cinco años y buen y justificado estado de salud psicofísica y plena capacidad de obrar. A pesar de que la LTRHA considera suficiente la edad de dieciocho años para acceder a las técnicas de reproducción asistida. Por su parte, algunos ordenamientos jurídicos, establecen edad mínima y máxima, tal es el caso de Rusia¹⁰⁰ que requiere que la mujer gestante tenga entre veinte y treinta y cinco años y la legislación ucraniana¹⁰¹ entre veinte y cuarenta. En Canadá se establece que: “ninguna persona podrá aconsejar o inducir a una persona de sexo femenino para convertirse en mujer gestante o realizar otro procedimiento médico para ayudar a otra persona con dificultades para gestar que sepa que es menor de veintiún años”¹⁰².

En cuanto al estado psicofísico de la mujer gestante, aplicando aquí las premisas establecidas por la propia LTRHA española, deberá cumplir las exigencias de un protocolo obligatorio de estudio, para demostrar que no padece enfermedades genéticas, hereditarias o infecciosas transmisibles a la descendencia¹⁰³. Todo ello deberá certificarse por dos especialistas independientes, certificación que aportará al notario autorizante del convenio de gestación por sustitución.

La mujer gestante deberá tener, al menos, un hijo propio sano. Requisito este extraído del Proyecto del Senado francés. También la legislación rusa y ucraniana requiere “que la mujer gestante tenga un hijo propio sano”.

También podrá ser persona extraña a los contratantes o pariente colateral o por afinidad. Así se consigue descartar el parentesco por consanguinidad, a diferencia del Proyecto del Senado francés, que lo impide sólo de la madre de cualquiera de los contratantes, pero no en cuanto a su abuela (que puede ser hábil para ello). También en contra de la legislación mexicana porque dice, en función de la necesidad gratuita del convenio, parte de que “perfectamente la mujer gestante tenga algún parentesco por consanguinidad, afinidad o civil con alguna de las personas solicitantes” o al contrario también de la legislación brasileña, que partiendo de la prohibición del carácter lucrativo de esta técnica, requiere que la mujer gestante pertenezca a la familia de la madre biológica, en una relación de parentesco, consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado.

⁹⁹ Ley Orgánica 2/2010 3 de marzo “Sobre salud sexual y reproductiva y de la interrupción del embarazo”.

¹⁰⁰ Legislación Rusa. Orden del Ministerio de Salud Pública Ruso “sobre la aplicación de las técnicas de reproducción asistida en el tratamiento de infertilidad femenina y masculina, de 26 de febrero de 2003.

¹⁰¹ Ley ucraniana sobre “trasplantes de órganos y otros materiales anatómicos humanos” 1999.

¹⁰² Legislación canadiense. Artículo 6.4. Ley de Reproducción Humana Asistida, 2006

¹⁰³ LTRHA, artículo 5.6, 2006.

Por otro lado, habrá derecho a una indemnización razonable por los gastos del embarazo y parto que no sean cubiertos por la Seguridad Social, aunque la gestación no culmine por causas no imputables ella, si bien no dice nada en la citada Instrucción de 5 de octubre de 2010 ni en su Exposición de Motivos acerca del carácter oneroso o gratuito del convenio para que éste sea válido. Ahora bien, debe quedar de manifiesto que el convenio de gestación por sustitución, sea oneroso o gratuito debe ser irrevocable desde el principio, como también la donación¹⁰⁴.

Tanto en la legislación canadiense como en la mexicana, brasileña y como en el Proyecto del Senado francés, la mujer portadora no podrá recibir remuneración, el contrato no podrá tener “fines de lucro”. Se parte del carácter gratuito del convenio para que no se haga de esta forma de paternidad o maternidad un oficio, ni se convierta en un trabajo tolerado por el Estado.

6.5 Problemas que el incumplimiento del contrato puede plantear en la práctica

¿Qué sucedería si la mujer gestante se arrepiente y no quiere entregar al menor? ¿Y si decide interrumpir el embarazo o pide más contraprestación económica previamente a la entrega del menor? ¿Qué sucede si los comitentes quieren recibir un bebé y la gestante da a luz a dos o más? ¿Y si los comitentes se echan atrás y no quieren recibir al menor? ¿Y si...?

En la jurisprudencia de EEUU nos encontramos con múltiples supuestos relacionados con incumplimientos de contratos de gestación por sustitución. El caso más conocido es “Baby M.” que tuvo lugar en New Jersey, en el año 1986. En dicho caso, el matrimonio Stern contrató una mujer gestante, que fue quien también aportó su óvulo para la fecundación.

Tras producirse el nacimiento, la mujer gestante se negó a ceder la custodia alegando que no podría desprenderse del menor, por lo que los padres comitentes iniciaron un procedimiento judicial al respecto¹⁰⁵. El Juez de primera instancia determinó que el contrato era válido y entregó al matrimonio, pero la mujer gestante apeló al Tribunal Supremo del Estado de New Jersey que revocó el fallo de primera instancia y declaró la nulidad del contrato, al constatar que no se había prestado un consentimiento válido por la mujer gestante en la firma del contrato. No obstante, en aplicación de la teoría del interés superior del menor, valoró la mejor opción para el menor y proporcionarle una mejor calidad de vida y respetó la custodia a favor de los padres comitentes, concediendo el derecho de visita a favor de la mujer gestante.

Desde el caso de “baby M”, los tribunales de EEUU han tenido que pronunciarse en muchas ocasiones, variando los criterios en cada uno de los Estados, como en el caso

¹⁰⁴ Artículo 669 Código Civil: la gratuidad o liberalidad de la mujer gestante no debe ser admitida como excusa para resolver unilateralmente el pacto de maternidad subrogada.

¹⁰⁵ Trial New Jersey Supreme Court Decision: in the matter of baby M. 2103, disponible en <http://law.justia.com/cases/new-jersey/supreme-court/1988/109-n-j-396-1.html> (consulta 10/4/17).

“Johnson vs Calvert” de 1993¹⁰⁶, en que el Tribunal Supremo de California elaboró la teoría de la intención a la hora de adjudicar la custodia de los menores nacidos mediante ésta técnica, con base en la cual hay que determinar quién tenía el verdadero propósito de tener un hijo, o si la mujer gestante se habría quedado en cinta de no haber mediado la oferta contractual de los comitentes.

Ante éstos y muchos otros problemas que pueden surgir en la práctica, la parte que pretendiese el cumplimiento acudiría a los Tribunales para exigir lo propio de la contraparte. Si es la mujer gestante o los intermediarios del país en que se hubiese realizado la gestación los que han incumplido sus obligaciones, los padres comitentes acudirán a los órganos jurisdiccionales del referido país para exigir el cumplimiento del contrato. Dicho procedimiento no revestiría, en principio, mayores complicaciones al estar permitida legalmente, o al menos, no prohibida, dicha práctica en el país¹⁰⁷.

En caso de que fueran unos padres comitentes españoles los que incumplieran, deberían acudir a los tribunales con múltiples problemas que ello supondría al tratarse de un convenio sancionado con la nulidad de pleno derecho en nuestro país. En este caso, en el que intervengan dos comitentes españoles residentes en España, a pesar de haberse celebrado el contrato fuera de España, los efectos últimos de lograr la inscripción de filiación del menor se produce en nuestro país, lo cual convierte en ineficaz la sanción de nulidad de pleno derecho¹⁰⁸.

Precisamente, ante estas dificultades, la Conferencia de Derecho Internacional Privado de la Haya, elaboró un informe en 2012 sobre los problemas que plantean los contratos de maternidad subrogada de carácter internacional. Es de especial interés su propuesta de adopción de un instrumento internacional que permita el establecimiento de un marco de cooperación entre autoridades, que favorecería el reconocimiento de las filiaciones válidamente determinadas en un país que admita esta forma de gestación por sustitución, en otro país cuyo ordenamiento prohíba esta práctica.

Ahora bien, cabe señalar las causas imputables a la mujer gestante en el supuesto que ésta decida llevar a cabo la interrupción del embarazo.

Como ya se ha comentado en otro apartado anterior, la mujer gestante tendrá derecho a una indemnización razonable por los gastos de embarazo y parto que no sean cubiertos por la seguridad social, aunque la gestación no culmine por causas no imputables a ella¹⁰⁹. Indemnización, reiteramos, no supone convertir la maternidad subrogada en un

¹⁰⁶ PÉREZ VAQUIERO, C., “Diez claves para conocer los vientres de alquiler” Artículos doctrinales. *Noticias jurídicas*, disponible en <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4601-diez-claves-para-conocer-los-vientres-de-alquiler/> (consulta 21/5/2017).

¹⁰⁷ VILAR GONZÁLEZ, S., “Situación actual de la gestación por sustitución” *Revista de Derecho UNED*, núm. 14, 2014, p. 926.

¹⁰⁸ VILAR GONZÁLEZ, S., “Situación actual de la gestación por sustitución” *Revista de Derecho UNED*, núm. 14, 2014, pp. 921-923.

¹⁰⁹ VELA SÁNCHEZ, A.J., *La maternidad subrogada: estudio hacia un reto normativo*, ed. Comares, Granada, 2012, pp. 75-80.

medio de obtener ingresos, sino sólo una compensación económica para proporcional a la mujer gestante las condiciones más favorables durante el periodo de gestación y durante el parto.

Es obvio que la compensación de los gastos producidos y la obligación de satisfacer la “indemnización razonable” deberá subsistir si la gestación no culmina por causas no imputables a la mujer gestante, esto es, por aborto espontáneo o inducido por circunstancia sobrevenida respecto de ella o del menor “grave riesgo para la vida o salud de la embarazada”, “riesgo de graves anomalías en el feto”, “anomalías fetales incompatibles con la vida” o que se detecte una enfermedad excesivamente grave e incurable.¹¹⁰ Pero obviamente este deber indemnizatorio del que tratamos, se extinguiría si la mujer gestante ejercitara el derecho a abortar, en concreto, en las primeras catorce semanas de gestación¹¹¹.

En cuanto a la falta de entrega del menor de manera voluntaria por parte de la mujer gestante cabe decir que los padres o madres contratantes tienen derecho a hacerse cargo del menor desde el momento de su nacimiento, eso sí, esperando al tiempo de su adquisición de personalidad jurídica.¹¹², nacer con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno. No obstante se podría establecerse como alternativa el momento de alta médica del nacido, de manera que no habría incumplimiento del convenio ni podría exigirse responsabilidades mientras el menor estuviera bajo tratamiento médico, pero entendiendo que el vínculo de filiación desde el momento del nacimiento conlleva inmediatos derechos y deberes para los padres comitentes, por lo que serán ellos los que hayan de tomar decisiones sobre la actuación médica a realizar sobre el menor (consentimiento o intervención quirúrgica o tratamiento alternativo, etc.) y quienes decidan qué hacer para su mejor cuidado.

Sería apropiado hacer constar de forma clara y precisa en el convenio de gestación por sustitución la responsabilidad civil (daños y perjuicios) e incluso responsabilidad penal por secuestro o quebrantamiento del deber de custodia, en las que incurriría la mujer gestante una vez producido el alumbramiento, en caso de incumplimiento de su deber contractual si esta obligación no se cumple de forma voluntaria, los padres comitentes podrían utilizar dos vías: un requerimiento. Podrían acudir al juez para que imponga la entrega inmediata, así como las responsabilidades procedentes. Y en segundo lugar. Si el primero no funciona, sería de aplicación los artículos 163 y siguientes del Código Penal, contenido en el capítulo primero de las *detenciones ilegales y secuestros*, pero dada la especialidad de mujer gestante, podría ser de aplicación en el título delitos contra las *relaciones familiares, delitos contra los Derechos y deberes de los familiares*,

¹¹⁰ Artículo 15 de la Ley Orgánica 2/2010.

¹¹¹ Artículo 14 “sobre interrupción del embarazo a petición de la mujer” LO 2/2010.

¹¹² Artículo 30 del Código Civil Español.

*Sección primera Del quebrantamiento de los deberes de custodia y de la inducción de los menores al abandono del domicilio.*¹¹³

Por otro lado, podemos ver que también hay causas imputables a los padres o madres contratantes como puede ser el Impago de la compensación razonable fijada a la mujer gestante. La indemnización fijada en el convenio deberá entregarse con anterioridad a la entrega del menor, una vez producido el nacimiento, y ello debido al carácter irrevocable del consentimiento prestado por ambas partes. Pero ¿qué ocurriría si los comitentes, por causas posteriores al nacimiento, no pueden hacer frente a la prestación económica acordada?¹¹⁴.

Desde el punto de vista del Derecho contractual, la mujer gestante podría exigir el cumplimiento de la obligación u optar por la resolución del contrato, quedándose al menor. Pero teniendo en cuenta la singularidad y finalidad del interés público de este negocio jurídico especial de Derecho de familia, la solución que parece ser más justa, sería la de imponer a la mujer gestante, la obligación de poner al menor a disposición de los servicios sociales de la Comunidad Autónoma correspondiente¹¹⁵. Los funcionarios competentes comprobarían la validez del convenio y el cumplimiento de todos sus requisitos y, procederían a abonar la compensación razonable pactada a la mujer gestante. Serían los funcionarios quienes posteriormente indagaran las causas por las que los padres o madres contratantes no han abonado el importe pactado. De modo que si se trata de una insolvencia derivada del normal devenir de una actividad de trabajo, el menor sería entregado en la mayor brevedad posible. Ahora bien, si la insolvencia deriva de problemas con el alcohol o drogas, entonces pondrían en marcha los mecanismos de tutela¹¹⁶, acogimiento¹¹⁷ o incluso la adopción¹¹⁸.

Otra causa puede ser la falta de recepción del menor por los comitentes. Aquí vemos que al tratarse de un convenio de eficacia obligatoria inmediata, los padres o madres comitentes están obligados a cumplirlo, debiendo hacerse cargo del menor, con independencia de su estado, es decir, aunque naciera con alguna discapacidad física o psíquica, cláusula que deberá constar expresamente en el convenio y en caso de que los comitentes no cumplieran con lo establecido, se procederá, en principio, a su guarda y acogimiento. En lo que respecta a la responsabilidad penal de los padres o madres del menor por falta de recepción, nos lleva a acudir a los artículos del código penal donde

¹¹³ Artículo 233 del Código Penal español. Según este artículo, el juez, si lo estima oportuno en atención a las circunstancias del menor, puede imponer pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad o de los derechos de guarda, tutela, curatela o acogimiento por tiempo de cuatro a diez años.

¹¹⁴ Beorlegui, A., “Maternidad subrogada en España”, 2014, p. 42.

¹¹⁵ Beorlegui, A “Maternidad subrogada en España”, 2014, pp. 45, disponible en <file:///C:/Users/usuario/Desktop/Ana%20Beorlegui%20%20maternidad%20subrogada.pdf> (consulta 20/5/17).

¹¹⁶ Artículo 215 y siguientes del Código civil., “la guarda y protección de la persona y bienes o solamente de la persona o de los bienes de los menores o incapacitados, se realizará en los casos que proceda mediante: tutela, curatela, defensor judicial”.

¹¹⁷ Artículo 172 CC.

¹¹⁸ Artículo 175 de Código Civil español.

procede los delitos contra las relaciones familiares, del abandono de familia, menores o incapaces y que imponen penas de prisión hasta cuatro años¹¹⁹.

Por ello, para evitar futuros problemas de este tipo, sería conveniente establecer una cláusula en la que se abarque lo expuesto anteriormente. En aquellos casos en los que el comitente o comitentes no cumplieren su deber se procederá a la tutela, curatela o acogimiento del menor, conforme a la legislación vigente, sin perjuicio de la responsabilidad penal de aquéllos.

6.6 Un ejemplo a seguir: Nueva Ley Portuguesa de 22 de agosto de 2016

La Ley nº. 25/2016 de 22 de agosto, regula el convenio de gestación por sustitución en el Derecho portugués. Aunque se trata de una regulación exigua, contradictoria en algún punto y discriminatoria en cuanto a los posibles beneficiarios del convenio gestacional, es de aplaudir la determinación del legislador portugués, frente a la pasividad del nuestro, por recoger esta institución jurídica de la que podrán beneficiarse, seguramente, los ciudadanos españoles¹²⁰.

Conforme a la Ley Portuguesa, el convenio de gestación por sustitución es aquel por el que una mujer se dispone a soportar un embarazo por cuenta de otros y a entregar al menor después del parto, renunciando a los poderes y deberes propios de la maternidad.

El convenio gestacional, que tiene carácter excepcional, se formalizará por escrito - supervisado por el Consejo Nacional de Procreación Médicamente Asistida-, y se realizará con anterioridad al embarazo de la mujer gestante, realizado exclusivamente mediante inseminación artificial. Sólo pueden ser beneficiarios de este convenio procreativo las parejas casadas o de hecho de sexos diferentes o de mujeres, así como todas las mujeres independientemente del estado civil y de la respectiva orientación sexual. La mujer gestante basta con que tenga 18 años, buen y justificado estado de salud psicofísico y plena capacidad de obrar.

El convenio de gestación por sustitución sólo será posible en los casos de ausencia de útero, de lesión o enfermedad de éste órgano que impida de forma absoluta y definitiva el embarazo de la mujer beneficiaria o en situaciones clínicas que lo justifiquen. Se precisa que se utilicen los gametos o, al menor de uno de los beneficiarios, sin que, en ningún caso, pueda utilizarse el material genético de la mujer gestante. El convenio gestacional nunca tendrá carácter oneroso, de modo que la mujer gestante sólo tendrá derecho al resarcimiento de los gastos derivados de la asistencia sanitaria recibida,

¹¹⁹ Artículos 226 y siguientes del Código Penal. Según este artículo el que dejare de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar para sus ascendientes, descendientes o cónyuge, que se hallen necesitados, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a doce meses.

¹²⁰ Ley 25/2016 de 22 de agosto sobre la regulación del convenio de gestación por sustitución en el Derecho portugués.

incluyendo los gastos de transporte. El consentimiento de las partes deberá ser libre, claro, por escrito y debidamente informado de las implicaciones éticas, médicas, sociales y jurídicas probables.

Se trata de un convenio irrevocable desde que se inicia la técnica reproductiva, por lo que el menor así nacido, será considerado como hijo de los beneficiarios. El convenio gestacional contendrá, obligatoriamente, las disposiciones a observar en caso de concurrencia de malformaciones o enfermedades del feto y de eventual interrupción voluntaria del embarazo, derecho éste último del que no puede ser privado la mujer gestante si concurren las circunstancias legalmente fijadas¹²¹.

De otro lado, hay que advertir que la admisibilidad del convenio que, sólo es posible a título excepcional, como ya me he referido antes, requiere el cumplimiento riguroso de las disposiciones contenidas en la Ley, de manera que, son nulos los negocios jurídicos, gratuitos u onerosos, de gestación por sustitución que no respeten lo dispuesto¹²² en la regulación establecida legalmente. Además, a pesar de la validez general del convenio en la legislación portuguesa, debe tenerse en cuenta que “las técnicas de procreación médicamente asistida, incluyendo las realizadas en el ámbito de la gestación por sustitución deben respetar la dignidad humana de todas las personas involucradas¹²³, por lo que debe analizarse las circunstancias que concurren en dicho convenio para evitar que, en particular respeto de la mujer gestante, se vulnere la dignidad humana. Finalmente, las técnicas de Procreación Médicamente Asistida sólo pueden realizarse en centros públicos o privados expresamente autorizados al efecto por el Ministerio de Salud¹²⁴, lo cual supone una prevención necesaria para tratar de impedir que el convenio gestacional y su desarrollo se realicen en condiciones desfavorables o incontroladas.

Aunque la reciente ley de gestación por sustitución portuguesa no suponga un derroche de técnica jurídica, regule el convenio gestacional en un solo artículo, contenga disposiciones cuestionables, bien por su manifiesta discriminación injustificada, por ejemplo respecto a los posibles beneficiarios varones, aun siendo aprobado el matrimonio entre personas del mismo sexo por la Ley n.º 9/2010, de 31 de mayo, y adolezca de lagunas jurídicas, como por ejemplo los requisitos específicos de los beneficiarios y de la mujer gestante para celebrar el convenio en cuestión, es de alabar el esfuerzo y la valentía del legislador portugués por regular una figura tan controvertida pero a la vez, a mi juicio, tan necesaria en la realidad de la sociedad actual, tanto que entiendo que el legislador deberá tomar nota de dicha iniciativa jurídica. Por otra parte,

¹²¹ VELA SÁNCHEZ, A.J., “La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler”, *Revista para el estudio del Derecho*, núm.7608, 2011, pp. 45-50.

¹²² Artículo 8, 12º LPMA: Son nulos los negocios jurídicos, gratuitos u onerosos, de gestación por sustitución que no respeten lo dispuesto en números anteriores.

¹²³ Artículo 3, 1º LPMA: Las técnicas de procreación humana asistida, incluidas las realizadas en ámbito de gestación por sustitución, deben respetar la dignidad humana de las personas involucradas.

¹²⁴ Artículo 5, 1º. LPMA: Las técnicas de Procreación médicamente asistida, incluido las realizadas en ámbito de gestación por sustitución, previstas en el artículo 8º, sólo pueden ser autorizadas para su efecto por el Ministerio de Salud.

hay que subrayar el trascendental dato de que el legislador portugués no limita el convenio de gestación por sustitución a los nacionales portugueses, de ahí que esta legislación tendrá un evidente efecto llamada respecto de los posibles interesados de otros países, sobre todo de los ciudadanos españoles, a quienes la cercanía de Portugal les supondrá un recorte sustancial de gastos, ya que, actualmente, tienen que desplazarse a países lejanos para llevar a cabo dicho procedimiento.

7 PRESTACIÓN POR MATERNIDAD/PATERNIDAD EN LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN: UN TEMA DE ACTUALIDAD

7.1 La prestación social por maternidad y maternidad subrogada

El orden público actúa como punto de referencia principal en los ordenamientos jurídicos pertenecientes a la Unión Europea, cuyo fin primordial es preservar la armonía interna del ordenamiento jurídico, evitando la aplicación por parte del juez que ha de conocer del caso las normas extranjeras aplicables en virtud de las normas de conflicto, cuando dichas normas extranjeras son susceptibles de producir efectos inaceptables, efectos incompatibles con los principios éticos, políticos, sociales y económicos que condicionan el modo de ser de las instituciones del ordenamiento jurídico del país al que pertenece el juez que conoce el asunto en concreto¹²⁵.

Respecto a las relaciones contractuales con elemento extranjero, el artículo 21 del Reglamento comunitario 593/2008 consagra el límite del orden público, que como es natural, se encuentra excluido de ambas partes, debiendo ser aplicada de oficio por el juez. Cláusula que concede al Estado la facultad de negar la aplicabilidad de una norma extranjera o incluso del reconocimiento de una sentencia extranjera para poder preservar la coherencia y la armonía del propio ordenamiento jurídico, resultando a la vez, una medida garantista, que otorga al juzgador, un amplio margen de discrecionalidad respecto a los elementos que pudiesen entrar en conflicto.

La referida cláusula no actúa con la misma fuerza frente a la ley extranjera; así en algunas circunstancias puede utilizarse el concepto denominado “orden público atenuado”, en virtud del cual, se puede llegar a conocer ciertos efectos jurídicos en España a instituciones ajenas en nuestro Derecho.

Este denominado “orden público atenuado”, reacciona en el ámbito del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social como lo que es llamado las oportunas “soluciones de compromiso”; aquellas situaciones en las que el juzgador considera que debe aplicarse además de los principios esenciales del ordenamiento jurídico por ser vulnerados

¹²⁵ SELVA PENALVA, A., “Vientres de alquiler y prestación por maternidad” *Revista Doctrinal Aranzadi* núm. 9,2013, (parte Doctrina), p. 50.

mediante la aplicación de la norma extranjera, aquellos otros derechos e intereses legítimos y necesarios de una protección adecuada. La consecuencia de que esta solución se encuentre legitimada es que no puede dejarse en una situación de desprotección absoluta a ciertos sujetos, por no reconocer una institución en nuestro ordenamiento jurídico español¹²⁶.

Ya se ha visto a lo largo de la exposición del trabajo que la maternidad subrogada posibilita que haya filiación a favor de un único varón¹²⁷, apareciendo como único progenitor reconocido de un menor, una vez se ha reconocido registralmente la filiación. En ese momento es cuando se plantea una situación respecto al disfrute de los respectivos permisos laborales por maternidad, paternidad y el disfrute, en su caso de las respectivas prestaciones que pueden corresponder a un sujeto de la Seguridad Social. El problema se ha dado cuando es el padre quien quiere percibir esa prestación por paternidad que ha optado por llevar un convenio de gestación por sustitución.

La solución que han venido aplicando los Tribunales de lo Social ante este tipo de prestaciones es la analogía. Por lo que respecta a la prestación de maternidad, los artículos 133 bis y 133 ter de LGSS exigen que el beneficiario reúna tres requisitos como encontrarse en alta o situación asimilada al alta; haber acaecido una de las situaciones protegidas: maternidad, adopción o acogimiento y reunir el periodo de carencia exigido en cada caso, de diferente duración dependiendo de la edad de la madre.

Pero en la redacción literal de los citados preceptos se utiliza el término “maternidad” sin acompañamiento de adjetivo calificativo alguno, con lo que el legislador deja un abanico de posibilidades para aplicar el mismo tratamiento jurídico a los supuestos de maternidad biológica a aquellos otros en los que la maternidad se ha producido gracias al recurso de una técnica de fecundación artificial, como es la gestación por sustitución.

Así, ante esta situación de laguna legal, se aplica la analogía como respuesta. De tal forma que nuestros jueces y tribunales consideran que en estas ocasiones, la maternidad subrogada ha de entenderse como un supuesto más de “maternidad”, tanto si es contratada por una pareja heterosexual, homosexual o por un sujeto en solitario. Nuestros jueces están reconociendo que la misma necesidad inicial de cuidado y atención al menor se va a producir tanto si dicha filiación se genera por adopción, como si se recurre a la convalidación internacional de la inscripción registral de la filiación producida mediante gestación por sustitución. Se pretende adoptar un criterio respetuoso respecto del interés superior del menor y que en caso del desconocimiento de los efectos jurídicos, los menores nacidos quedarían desprotegidos¹²⁸.

¹²⁶ RUIZ SUTIL, C., “Las filiaciones de complacencia en los Derechos de extranjería y nacionalidad”, *Revista de derecho migratorio y extranjería*, nº. 24, 2010, pp. 37-53.

¹²⁷ SABATER BAYLE, E., *El interés superior del menor adoptado por pareja homosexual*, ed. Bosch, Madrid, 2009, pp. 577-578.

¹²⁸ De este modo, tanto la Ley 39/1999 de Conciliación de la vida laboral y familiar, como la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva entre hombres y mujeres y la convención sobre Derechos del

7.2 Contenido de sentencias referidas a la prestación por gestación por sustitución

Como ejemplos para destacar este apartado, entiendo que es necesario hacer referencia a ciertas sentencias como por ejemplo la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, núm. 216/2013 de 13 de marzo. Dicha sentencia expresa lo siguiente:

Sentencia dictada por los tribunales de lo social, concediendo prestación por maternidad a uno de los cónyuges del mismo sexo¹²⁹.

La sociedad no termina de adaptarse a situaciones como esta, no sé si es por el sentimiento de vida familiar tradicional que todavía se mantiene, o si es porque no se acepta este tipo de uniones. ¿Será que estamos en una sociedad jurídica anticuada? Al parecer eso fue lo que pasó en este supuesto concreto de la mencionada sentencia: D. Mario y D. Virgilio contrajeron matrimonio el 4 de diciembre de 2009 y acudieron al condado de San Diego en el Estado de California (EE.UU), al objeto de concertar una gestación por sustitución según las técnicas de reproducción humana asistida, fruto de la cual nació Manuela. D. Mario solicitó prestación de paternidad ante la Dirección Provincial del INSS de Madrid, que le fue reconocida el 29 de abril de 2010 siendo la base reguladora de 106,60 euros/día y durante el periodo temporal del 12 de abril de 2010 a 24 de abril de 2010. La Dirección Provincial requirió al demandado al objeto de que aportase constatación de la inscripción, perspectiva de su paternidad en el Registro Civil Español, alegando que sólo se había aportado en su tramitación el certificado médico de nacimiento de la menor expedido por el Centro Hospitalario en el que aquél tuvo lugar y la inscripción del mismo en el Registro del Condado de San Diego en California, todos ellos además, sin la correspondiente traducción. El consulado de España en Los Ángeles había dictado resolución de 11 de marzo de 2011 por la que se había denegado la práctica de la inscripción solicitada siendo ésta recurrida ante la DGRN. En fecha 13 de julio de 2011 se procede a la inscripción del nacimiento de la menor en el Registro Civil consular de Los Ángeles. El demandado no aportó lo requerido en los veinte días que se había otorgado para subsanar por lo que se le requirió abonar la cantidad de 1.385,80 euros al INSS por entender ésta indebidamente percibida. D. Mario llevó a cabo recurso de suplicación contra el INSS.

Cabe decir, en primer lugar que el matrimonio estaba a la espera de la resolución del recurso interpuesto con la denegación de la inscripción del consulado de España. Por ello, se alega al efecto, que el demandado y su marido obtuvieron la paternidad de su hija en California por técnicas de gestación por sustitución. (siguiendo la regulación de California que exige una sentencia judicial de extinción de los derechos de la mujer gestante y atribución de paternidad a los comitentes habiéndose expedido el correspondiente certificado de nacimiento y el libro de familia, de modo que la

menor, contienen un concepto amplio de maternidad, que fija su atención en el cuidado del menor y en los aspectos afectivos y familiares.

¹²⁹ TSJ Madrid, núm. 216/2013 de 13 de marzo. [JUR 2013/291456] (consulta 16/5/17).

Sentencia denegatoria de la prestación de paternidad está vulnerando el artículo 14 de la CE, pues dada la finalidad social de esta prestación, que atiende al interés superior del menor, se está discriminando a la menor, por haber nacido a través de gestación por sustitución. Además, ya hay doctrina del Tribunal Supremo respecto a los niños nacidos mediante técnicas de maternidad subrogada, que establece que: “su inscripción no quedaría sometida al requisito de obtener el reconocimiento a título principal, con lo que el particular podría lograr ante el Encargado del Registro el reconocimiento incidental de la resolución como requisito previo a su inscripción sin tener que recurrir al mencionado régimen de la LEC 1881”.

A partir de ahí se entiende que lo que únicamente se precisa para resolver la contienda planteada es determinar si se cumple los requisitos de la instrucción de la propia Dirección General del Registro y del Notariado del 5 de octubre de 2010 para posibilitar la inscripción del nacimiento de la menor.

Ahora bien, hay dos situaciones que deben diferenciarse en relación con la llegada de un menor al núcleo familiar: la de parto, como causa de suspensión del contrato de trabajo, que sólo corresponde a la madre que ha gestado y dado a luz y por otro lado, la situación sin parto de los otros progenitores que, en el grado y condición que les corresponda también se ven afectados. Es cierto que, la licencia por maternidad, aunque derive del parto, no tiene como única beneficiaria a la madre sino que, como ya se ha indicado, ese beneficiario se puede extender a otros sujetos distintos, aunque relacionados con ella, de ahí el Derecho del progenitor a disfrutar del permiso de maternidad por sustitución.

Por otra parte, tampoco sería posible entender que la norma realmente no quiere reconocer el derecho, dado que no hay exclusión alguna al respecto, de forma que es posible inferir que se está ante una laguna legal, y la identidad concurre en el momento en que se trata de dar protección por maternidad a quien ostenta la condición de padre de un menor por título jurídico diferente a la adopción o acogimiento pero idóneo por haber inscrito en el Registro Civil la filiación entre el menor y el que reclama la prestación.

Si en la adopción son sujetos directos del derecho a la prestación por maternidad los progenitores, cualquiera que sea su sexo, sin mayor vinculación que la relación jurídica que ha generado esa filiación por adopción o acogimiento, con igual o mayor razón sería extensible ese derecho, a quienes, como el demandante, ostentan legalmente esa condición aunque derive de otro título, al que el ordenamiento español, por medio de lo que la Dirección de los Registros y del Notariado ha interpretado y resuelto a raíz de la Instrucción del cinco de octubre de 2010, le ha otorgado, reconociéndole la eficacia suficiente para general el vínculo necesario para ser sujeto de las prestación que se reclaman.

Para finalizar, decir que es difícilmente asumible, por repugnar a la lógica más primaria, que se deniegue la prestación al actor en sus descritas circunstancias cuando se le reconocería *ex lege* si él y su pareja se hubieran limitado a adoptar o a acoger un

menor, solución que sería contraria al espíritu como al contenido general de la Ley Orgánica 3/2007¹³⁰ (para la igualdad efectiva de mujeres y hombres), sin que tal diferencia pueda tampoco entenderse acorde con el espíritu que anima al resto de la legislación vigente, con el que aquélla y la propia LGSS están llamadas a conformar un todo armónico, toda vez que las sucesivas reformas en los diversos ámbitos acerca de la familia y cuanto a ella se refiere, responden a la voluntad mayoritaria de la sociedad de que existan diversas clases de la misma y que todas ellas reciban el mismo trato en orden a Derechos y obligaciones¹³¹.

En segundo lugar, quiero destacar también la Sentencia núm. 881/2016 de 25 de octubre del Tribunal Supremo, sala de lo social.

Esta sentencia hace referencia al reconocimiento al trabajador, que es padre biológico mediante convenio de gestación por sustitución, cuyas hijas constan en el registro civil del Consulado de España en Nueva Delhi.

Con fecha 17 de diciembre de 2014, el Juzgado de lo Social de Mataró, dictó sentencia para desestimar la demanda interpuesta por D. Juan Enrique, alta en la seguridad social y que tuvo dos hijas, inscritas en el Registro Civil del Consulado de España en Nueva Delhi. Nacieron mediante la técnica de reproducción humana asistida, en la que el demandante fue el padre genético y los óvulos fueron de una donante. Ambas partes acordaron que sus obligaciones. El comitente aceptó el deber de ejercer la patria potestad y la mujer gestante renunció a toda acción y derecho sobre las menores.

En fecha 31 de octubre de 2013, el demandante reclamó al INSS prestación por paternidad por el nacimiento de sus dos hijas y el descanso por maternidad, que fue denegada por no encontrarse en ninguno de los supuestos previstos en las situaciones protegidas en el artículo 133 bis de LGSS.

Enrique interpuso recurso de suplicación y la sala de lo social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, dictó sentencia con fecha 15 de septiembre de 2015 que revocó la sentencia anterior para estimar la demanda y reconocer la prestación por paternidad y condenó al INSS al abono del 100% de la base reguladora de 3.425,70 euros al mes por 18 semanas al tratarse de un parto múltiple.

Contra dicha sentencia, se dictó recurso de casación para unificación de doctrina en el que se alega como sentencia contradictoria con la recurrida y se alega la infracción del artículo 133 bis de LGSS. Así pues, el 27 de abril de 2016 se admitió a trámite el recurso de casación para la unificación de doctrina.

Finalmente, se desestimó el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el INSS contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior

¹³⁰ Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo “para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”. Núm. 71, de 23 de marzo de 2007.

¹³¹ Véase otras Sentencias de lo Social respecto a la prestación por maternidad en este ámbito de maternidad subrogada: TSJ Cataluña, núm. 7985/2012 de 23 de noviembre [AS 2013/845], y Sentencia de Juzgado de lo Social núm. 25 de Barcelona 218/2011 de 14 de mayo [JUR\2013\34202].

de Justicia de Cataluña, de 15 de septiembre de 2016 y declaró la firmeza de dicha sentencia, que resuelve el recurso de suplicación reconociendo la prestación por paternidad y declarando que no ha dado lugar a la imposición de costas¹³².

Ahora bien, el Tribunal Constitucional desde la sentencia 22J1981, de 2 de julio, que recoge la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con el artículo 14 del Convenio Europeo, viene declarando que el principio de igualdad no implica siempre un tratamiento igual, con abstracción de cualquier elemento diferenciador sino tan sólo cuando se introduce una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin ofrecer una justificación objetiva, pues, lo que prohíbe el principio de igualdad son, en suma las desigualdades que resultan artificiosas o injustificadas por no venir fundamentadas en criterios objetivos y razonables, precisando también que es necesario para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, que las consecuencias que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, para que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos. Al equiparar la maternidad subrogada a otras situaciones protegidas por el Derecho español como la adopción o el acogimiento pre adoptivo, permanente o simple, el hecho de que ésta no se trate de una manera igualitaria supone una vulneración al mencionado principio porque la diferente naturaleza de las instituciones no significa la denegación del subsidio.¹³³

Por lo tanto, al reconocer que la maternidad por sustitución es equiparable a las demás situaciones de hecho perseguidas, la denegación de sus efectos cuando responde a la misma causa, supone una vulneración del principio de igualdad porque la diferente naturaleza de las instituciones no justifica la denegación del subsidio lo que implica la estimación de la demanda que repercute en la condena a la empresa a cumplir con dicha prestación de paternidad.

¹³² Tribunal Supremo (Sala de lo Social), sentencia núm. 881/2016 de 25 de octubre. RJ\2016\6167, *Revista Aranzadi Instituciones*, p. 4 (consulta 30/05/2017).

¹³³ Artículo 2 del Real Decreto 295/2009, que considera jurídicamente equiparables a las figuras de la adopción y acogimiento a aquellas instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras cuya finalidad u efectos jurídicos sean los previstos en aquéllas, cualquiera que sea denominación, lo habría de ser empleado también para los supuestos de filiación.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Nos encontramos con una visible discriminación hacia las parejas homosexuales, formadas sobre todo, por dos varones, ya que como biológicamente no pueden gestar un menor, jurídicamente se les prohíbe tenerlo mediante esta técnica de reproducción asistida. Ello mismo aparece corroborado, además, por el hecho del reconocimiento legal en la LTRHA de la maternidad de una mujer sola, así como que en el Derecho español se admite la filiación en favor de dos varones en caso de adopción, y que permite también que la filiación de un menor conste en el Registro Civil a favor de dos mujeres. De ahí se deriva que no permitir que la filiación de los nacidos conste en favor de dos varones resultaría discriminatorio por razón de sexo

SEGUNDA.- En cuanto a la filiación de los menores nacidos mediante esta técnica de reproducción asistida, pese a la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 sigue habiendo problemas en torno a la inscripción de los mismos en el Registro civil. Considero que ello se podría evitar con una regulación de la materia, procurando hacer lo necesario para evitar situaciones de ese tipo que, además, no deberían ocurrir a partir de la mencionada Instrucción.

TERCERA.- Aunque debería permitirse acudir a esta técnica a toda persona sin que pueda ser motivo de denegación de acceso a la misma el hecho de su orientación sexual, considero que el origen de los gametos, o al menos uno de ellos, debería provenir de uno de los comitentes, ya que la gestación por sustitución se presenta como un remedio para quienes, por la causa que fuere, no pueden llevar a término un embarazo pero no quieren renunciar a tener un hijo genéticamente propio, ya que de otra manera podrían acudir a la vía de la adopción. En concreto, considero que de entre las diversas modalidades de gestación por sustitución expuestas en el trabajo, esta técnica debería ser permitida sólo en su modalidad gestacional, ya que las mujeres gestantes que aportan sus gametos son más propensas a sentir un vínculo especial con el menor.

CUARTA.- En cuanto a si el acuerdo de gestación por sustitución debe ser gratuito o lucrativo, defiendo mi posición altruista. Este procedimiento debería llevarse a cabo cuando concurren las garantías necesarias en dicho convenio y se cubran todos los gastos del embarazo, post embarazo, seguridad social y los gastos que incurra la gestante en el proceso. No debe esconderse tras ello la explotación de la mujer gestante ni el tráfico de menores.

QUINTA.- En cuanto al interés superior del menor, como señala el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la ilegalidad de una determinada técnica reproductiva en un país europeo no puede privar a los menores del reconocimiento de su filiación en el país de origen de sus padres. Resulta, a nuestro entender, indudable, que la denegación de la inscripción registral de los menores nacidos mediante gestación subrogada manifiesta, además, una situación de discriminación en función de las circunstancias del nacimiento

que prohíben tanto el Convenio Europeo de Derechos Humanos como la Constitución Española.

SEXTA.- En cuanto a la regulación legal, sería aconsejable recurrir al mecanismo de la cooperación internacional para dar la respuesta más favorable reconociendo el estatus jurídico de esos menores. Para ello sería necesaria la elaboración de tratados internacionales con pautas claras y delimitadoras de este fenómeno y eliminar así los conflictos jurídicos y el problema socio-legal que existe en nuestro país.

SÉPTIMA.- Ante esta realidad, la mejor solución, la más garantista, no es cerrar los ojos ni prohibir la gestación por subrogación, sino regularla. Es necesario legislar sobre esta materia, modificando la actual regulación del artículo 10 LTRHA, porque ni la prohibición expresa ni el silencio de la ley evitan que esta práctica se realice, aunque con muchas dificultades que podrían ser eliminadas con una regulación legal que controle la práctica y resuelva los problemas *ex ante*. Sería conveniente regular un proceso de pre aprobación de los acuerdos de gestación por sustitución, mediante el cual los comitentes y la mujer gestante presenten el convenio ante un juez para que lo apruebe antes de proceder con el tratamiento médico, verificando el cumplimiento de los requisitos previstos en la legislación. Dicho acuerdo debe ser válido, producirse antes de la gestación y las partes han de estar de acuerdo desde el principio, porque ha de prevalecer el consentimiento válido, libre, sin engaños, coacción ni violación hacia la mujer gestante.

OCTAVA.- También tendría sentido efectuar un estudio sobre la idoneidad de los comitentes, sobre su actitud, buena disposición y capacidad para llevar a cabo el procedimiento de gestación por sustitución y posterior cuidado del menor. Este estudio podría ser realizado por el juez, ya que siempre el interés superior del menor debe ser la cuestión principal que se debe tener en cuenta para llevar a término dicha técnica.

NOVENA.- La obligación impuesta en el artículo 39.2 de la Constitución Española a los poderes públicos, que deben asegurar la protección integral de los menores, con independencia de su filiación, hace necesario que deban considerar especialmente el interés superior del menor, el cual se halla proclamado en tratados internacionales, como La Convención sobre los Derechos del Niño de 1990, y legislar en el sentido de dotar a los menores de esa especial protección ante situaciones como la que es objeto de este trabajo.

DÉCIMA.- El hecho de que en la actualidad el Tribunal Supremo, sala de lo social, esté reconociendo prestaciones o derechos sociales a las madres/padres que han llevado a cabo la gestación por sustitución, hace que sea más necesaria aún dicha regulación en nuestro país. Es decir, lo que ha llevado a los jueces a otorgar esos derechos ha sido el considerar que el descanso por maternidad y sus fines propios establecidos en el artículo 48 del Estatuto de los Trabajadores, aunque no sea una maternidad biológica, se considera una filiación efectiva reconocida por el Registro Civil correspondiente. Así se

entiende que para procurar la atención del menor se otorga esta prestación en los casos de maternidad, adopción y acogimiento; siendo así, los jueces aplican la analogía respecto la adopción o acogimiento en donde tampoco hay maternidad natural o biológica por parte de quien solicita la prestación.



BIBLIOGRAFÍA

- BAYARRI MARTÍ, M .L., “Maternidad por subrogación. Su reconocimiento en España”
Noticias Jurídicas, 2015, pp. 1-6, En
[http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/10338-
maternidad-por-subrogacion-su-reconocimiento-en-espana/](http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/10338-maternidad-por-subrogacion-su-reconocimiento-en-espana/) (consulta 17/04/17).
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “*La filiación y las calificaciones legales*”. En *II Congreso Mundial Vasco*. Vitoria-Gasteiz, 1987, Madrid.
- “*Hijos made in California*”, *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 3/2009, ed. Aranzadi. Pamplona, 2009.
- CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: Consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009”. Cuadernos de Derecho Transnacional (octubre 2009), Vol. 1, nº 2, pp. 366-382.
- CORDERO GORDILLO, V., “La prestación por maternidad en los supuestos de gestación por sustitución”, *InDret: Revista de actualidad y relaciones laborales*, nº 7-8, 2015, pp. 72-84.
- FÁBREGA RUIZ, C. F., “Biología y filiación: aproximación al estudio jurídico de las pruebas biológicas de paternidad y de las técnicas de reproducción asistida”, *Revista Bioética y Derecho*, ed. Comares, Granada, 1999.
- FARNÓS AMORÓS, E., “European Society of Human Reproduction and Embriology 26th Annual Meeting”, *InDret* 3/2010. Barcelona 2010.
- “Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California”, *Revista para el Análisis del Derecho*, 2010. En http://www.indret.com/pdf/711_es.pdf , pp. 4-20.
- FERNÁNDEZ-PACHECO MARTÍNEZ, M.T., “La maternidad subrogada en Norteamérica: la Sentencia de Baby M”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1988, pp. 647-684.
- FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, A., “Eficacia jurídico-registral del contrato de gestación subrogada”, *Revista Aranzadi Doctrinal* nº6, 2011, p. 2.
- GARCÍA RUIZ, Y., *Reproducción Humana Asistida. Derecho, conciencia y libertad*, ed. Comares, Granada, 2004.

- HUALDE MANSO, M. T., “De nuevo sobre la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 10, 2012, pp.35-47.
- LAMM, E., “Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada, ni alquiler”, *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, 2012, disponible http://www.indret.com/pdf/909_es.pdf
- LAMM, E., “Gestación por sustitución. La importancia de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos humanos y su impacto”, *Dialnet: Revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis de derecho, ciencia política y criminología*, Vol.2, nº2, 2014, pp. 43-50.
- LEONSEGUI GUILLOT, R.A., “La maternidad portadora, sustituta, subrogada o de encargo”, *Boletín de la Facultad de Derecho*, núm. 7, 2012, pp.237-264.
- LLEDÓ YAGÜE, F., *Fecundación artificial*, Tecnos, Madrid, 1988.
- MOSQUERA VASQUEZ, C., *Derecho y Genoma Humano*, ed. San Marcos, Perú, 1997
- PERALTA ANDÍA, J.R., *Derecho de Familia en el Código Civil*, ed. Moreno, Lima, 2004.
- QUIÑONES ESCÁMEZ, A., “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada”, *InDret: Revista para el análisis del Derecho* nº3, 2009, p. 35.
- ROCA TRÍAS, E., “La incidencia de la inseminación-fecundación artificial en los Derechos fundamentales y su protección jurisdiccional”, en *II Congreso mundial vasco, La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Vitoria-Gasteiz, 1987, Madrid.
- SELMA PENALVA, A., “Vientres de alquiler y prestación por maternidad” *Revista Aranzadi Doctrinal Social* nº 9, 2013, pp. 223-244.
- VELA SÁNCHEZ, A.J., *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*, ed. Comares, Granada, 2012.
- “La gestación por sustitución se permite en Portugal”, *Diario la Ley*, nº8868, 2016, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=1725> (consulta 29/5/17).
- VILAR GONZÁLEZ, S., “Situación actual de la gestación por sustitución”, *Revista de Derecho UNED*, nº 14, 2014, pp. 900-902.

