

Tratamiento Jurídico de la Gestación por Sustitución

Trabajo Fin de Master
Máster Universitario en Fundamentos y Principios del Sistema Jurídico
Universidad de Cantabria

Dirigido por: D. Ángel Pelayo González-Torre

Ángela Ruiz Sáenz
Septiembre de 2013

1.-Planteamiento.....	3
2.-La gestación por sustitución. Concepto y clases.....	5
3.-Reproducción asistida en España. Evolución legislativa.....	8
3.1.- La Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida....	8
3.2.- La Ley 45/2003, de 21 de noviembre, por la que se modifica la Ley 35/1988, de 22 de noviembre.....	10
3.3.- La Ley 14/2006, de 26 de mayo, de sobre técnicas de reproducción humana asistida.....	12
4.- Técnicas de reproducción humana asistida.....	15
4.1.- Inseminación artificial.....	15
4.2.- Fecundación In Vitro.....	17
4.3.- Transferencia intratubárica de gametos.....	20
5.- Régimen jurídico de la Gestación por sustitución en España.....	21
5.1.- El artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.....	21
5.2.- Naturaleza jurídica del contrato de gestación por sustitución.....	28
5.3.- Responsabilidad derivada de la gestación por sustitución.....	30
6.- Especial referencia a la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la Dirección General de Registros y Notariado.....	33
6.1.- La Resolución de 18 de febrero de 2009.....	33
6.2.- La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Valencia de 15 de septiembre de 2010, confirmada por Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011.....	37

6.3.- Instrucción de 5 de octubre de 2010.....	39
7.- El “Informe preliminar sobre los problemas derivados de convenciones alternativas de maternidad de carácter internacional” de la Conferencia de derecho internacional privado de la Haya de marzo de 2012.....	45
8.- Gestación por sustitución y prestación por maternidad.....	48
9.- Críticas a la práctica de la gestación por sustitución.....	53
10.- Principales experiencias en el Derecho Comparado.....	57
10.1.-Países en los que la gestación por sustitución es ilegal.....	58
10.2.- Países en los que la gestación por sustitución es legal siempre que sea altruista.....	61
10.3.- Países en los que la gestación por sustitución es legal.....	69
11.- Conclusiones.....	80
12.-Bibliografía.....	85

1.-Planteamiento

El progreso experimentado en las ciencias de la vida y de la medicina impulsado por los modernos avances y descubrimientos científicos y tecnológicos ha propiciado el desarrollo de las técnicas de reproducción humana asistida como una solución al problema de la infertilidad¹, sustituyendo a la adopción como alternativa tradicional a la paternidad biológica. Consecuentemente, el desarrollo de la medicina reproductiva está directamente relacionado con el aumento de las tasas de infertilidad en el mundo desarrollado. En general, existe la impresión de que cada vez el número de parejas estériles es mayor, aunque más que ante una aumento de la patología causante de la esterilidad, nos hallamos ante un contexto clínico diferente respecto de décadas anteriores. En este sentido, el retraso en la edad de matrimonio y consecuentemente en la edad para tener el primer hijo constituye el factor más importante. A ello debe sumarse la mayor frecuencia de consulta con el objeto de demandar asistencia sanitaria en supuestos que antes permanecían ocultos o la influencia que factores como la contaminación ambiental tienen en el incremento de la infertilidad.

Sin perjuicio de lo anterior, en los últimos años, las técnicas de reproducción humana asistida han ampliado su ámbito de actuación, de modo que en la actualidad, personas que ni padecen ni han padecido ese problema constituyen nuevos clientes de estos instrumentos de procreación, obedeciendo a razones que nada tienen que ver con la originaria. En este sentido, las técnicas de reproducción humana asistida constituyen una alternativa de acceso a la paternidad para las parejas del mismo sexo y sujetos únicos mediante el uso de material genético procedente de donante, y en el caso concreto de la gestación por sustitución, objeto de estudio a través del presente trabajo, puede constituir una vía alternativa, al objeto de disfrutar de la maternidad evitando los problemas profesionales o estéticos que pueden derivarse de la misma.

No cabe duda, a la vista de la multitud de casos de los que se hacen eco los medios de comunicación, de que la Gestación por Sustitución constituye un tema de actualidad. El interés por la gestación por sustitución ha aumentado conforme han ido creciendo los

¹ La Organización Mundial de la Salud define la infertilidad como una enfermedad del sistema reproductivo que se caracteriza por la no consecución de un embarazo clínico tras 12 meses o más de relaciones sexuales habituales sin anticoncepción.

problemas de infertilidad, se han reconocido nuevos derechos al colectivo homosexual² y se han normalizado modelos de familia distintos al convencional. Aparte de las parejas homosexuales, las mujeres sin útero, las parejas que se han sometido sin éxito a técnicas de fecundación y los hombres solteros constituyen los principales perfiles que recurren a la gestación por sustitución, si bien fuera de España. Y ello porque, expresamente prohibida esta práctica por nuestro ordenamiento jurídico, este creciente interés ha provocado un incremento de las agencias y bufetes de abogados especializados en la gestación por sustitución que actúan como intermediarios con agencias de países en los que su práctica es legal. Este turismo reproductivo plantea una serie de problemas jurídicos de carácter internacional que precisan para su solución no sólo de soluciones internas en el ámbito de cada Estado, sino de soluciones globales, siempre con especial atención a la protección del interés superior del menor.

El presente trabajo tiene por objeto analizar la dispar regulación de la gestación por sustitución en el Derecho Comparado y en especial en nuestro ordenamiento jurídico donde la prohibición contenida en la legislación sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida no ha impedido la emisión por la Dirección General de Registros y Notariado de la Instrucción de 5 de octubre de 2010 que permite la inscripción en el Registro Civil español del nacimiento de un menor nacido en el extranjero como consecuencia de técnicas de gestación por sustitución y el reciente reconocimiento jurisprudencial de la prestación por maternidad.

² En este sentido señala Benigno Varela Autrán que “en España, la realidad del mundo homosexual ya tiene un reconocimiento no sólo social sino, también, jurídico del que es exponente singularmente significativo la admisión por la Ley 13/2005, de 1 de julio, del matrimonio entre personas del mismo sexo, cuya constitucionalidad, además, ha reconocido la reciente sentencia 198/2012, de 6 de noviembre, dictada por nuestro Tribunal Constitucional en el recurso de inconstitucionalidad 6864/2005. Y es importante resaltar como este último pronunciamiento constitucional, ratificando lo que ya la citada Ley 13/2005 admite, reconoce la posibilidad de adopción de hijos por parte de matrimonios del mismo sexo y recuerda que el matrimonio y la familia son dos bienes constitucionales diferentes que encuentran distinto amparo constitucional, de tal forma que el «texto constitucional no hace depender exclusivamente el concepto constitucional de familia a la que tiene su origen en el matrimonio ... y que son dignos de protección constitucional... sobre todos los hijos a los que el artículo 39 CE, que refleja una conexión directa con el artículo 14 CE protege con independencia de que estos hayan sido concebidos dentro o fuera del matrimonio”. Véase VARELA AUTRÁN, B., “La protección social de la maternidad no biológica”, *Aranzadi Social: Revista doctrinal*, Vol. 6, nº. 1 (abril), 2013, pp. 153-160

El presente trabajo constituye un estudio desarrollado y más profundo del estudio previo titulado “Gestación por sustitución: problemática jurídica de los vientres de alquiler”³

2.-La gestación por sustitución. Concepto y clases.

La gestación por sustitución puede ser definida como aquella práctica en virtud de la cual, una mujer, a través de un acuerdo, con o sin precio, se compromete a gestar un bebé con el fin de entregarlo después del parto a aquella o aquellas personas que van a ser sus padres, biológicos o no, renunciando ella a su filiación.

Si bien actualmente se concibe la práctica de la gestación por sustitución a través de la aplicación de las técnicas de Reproducción Humana Asistida y consecuentemente ligada a los modernos avances científicos y tecnológicos, lo cierto es que las primeras manifestaciones de ésta práctica, que puede darse de forma natural, se hallan en la Biblia⁴ y el Código de Hammurabi⁵. Sin perjuicio de lo anterior, la historia de la maternidad subrogada comienza en 1975 en California, Estados Unidos, cuando un periódico de esa ciudad publica un anuncio en el cual se solicita una mujer para ser inseminada artificialmente, a pedido de una pareja estéril, que por este servicio ofrecía

³ RUIZ SAÉNZ, A., “Gestación por sustitución: problemática jurídica de los vientres de alquiler” en PALOMAR OMEDA, A. y CANTERO MARTÍNEZ, J. (Dir.), *Tratado de Derecho Sanitario*, Volumen II, Ed. Aranzadi, 2013.

⁴ De conformidad con el capítulo 16 del Génesis “Saray, esposa de Abram, no le había dado hijos, pero tenía una esclava egipcia que se llamaba Agar. Y dijo Saray a Abram: «Ya que Yavé me ha hecho estéril, toma a mi esclava y únete a ella, a ver si yo tendré algún hijo por medio de ella.» Abram hizo caso a las palabras de su esposa”.

Por su parte, señala el capítulo 30 del Génesis que “Raquel, viendo que no daba hijos a Jacob, se puso celosa de su hermana y dijo a Jacob: «Dame hijos, porque si no, me muero.» Entonces Jacob se enojó con Raquel y le dijo: «Si Dios te ha negado los hijos, ¿qué puedo hacer yo?». Ella le contestó: «Aquí tienes a mi esclava Bilá. Únete a ella y que dé a luz sobre mis rodillas. Así tendré yo también un hijo por medio de ella.»

⁵ Las Leyes 144 a 146 del Código de Hammurabi, creado en el año 1760 a.c. (según la cronología media) por el rey de Babilonia Hammurabi, señalan lo siguiente:

Ley 144: Si uno tomó una esposa de primera categoría y si esta esposa dio una esclava a su marido y esta ha tenido hijos, si el marido quiere tomar una nueva esposa más, no se le permitirá y el hombre no podrá tener otra mujer más (*suggetum*).

Ley 145: Si uno tomó una esposa de primera categoría y si esta esposa no le dio hijos, y se propone tomar otra mujer (*suggetum*), tomará esta otra mujer y la llevará a su casa, pero no será igual que la esposa de primera categoría.

Ley 146: Si uno tomó una esposa de primera categoría y ella dio una esclava a su marido, y si la esclava tuvo hijos, si luego esta esclava es elevada (en el aprecio del esposo) a igual categoría que la patrona por haber tenido hijos, su patrona no la venderá, la marcará y la tendrá entre sus esclavas.

una remuneración. Posteriormente, se constituyeron diversas organizaciones profesionales tendentes a contactar a madres portadoras con parejas interesadas. Concretamente, el primer acuerdo de maternidad subrogada documentado con empleo de inseminación artificial fue negociado y redactado por el abogado estadounidense Noel Keane en 1976 , creando la Surrogate Family Service Inc con la finalidad de ayudar a parejas con dificultades para concebir, facilitándoles el acceso a madres sustitutas y gestionando los trámites jurídicos necesarios para llevar a cabo la subrogación.

Actualmente, y desde el punto de vista de quien aporte el material genético podemos distinguir entre:

- A) Subrogación tradicional (o parcial), en la cual la madre de alquiler es inseminada artificialmente con el espermatozoides de la persona que contrata o de una de las personas que conforman la pareja que contrata o bien con el espermatozoides de un donante, resultando en todo caso que la madre de alquiler, en tanto que aporta su material genético, es además la madre biológica;
- B) Subrogación gestacional (o plena) en la cual la madre de alquiler se limita a gestar el embarazo para lo cual le es transferido el embrión concebido mediante fecundación in vitro, pudiéndose llevar a cabo dicha técnica con gametos de la pareja contratante o gametos de donante.

Los avances experimentados en las Técnicas de Reproducción Humana Asistida a partir de los años 90, fundamentalmente en relación con el desarrollo de la Fecundación In Vitro, motivó un mayor desarrollo de la subrogación gestacional (o plena) respecto de la subrogación tradicional (o parcial) y ello porque, pese a que la Fecundación In Vitro implica mayores cargas físicas, emocionales y económicas que la Inseminación Artificial, permite establecer un vínculo genético entre el nacido y la madre comitente.

La anterior clasificación nos permite distinguir entre posibilidades muy diversas en cuanto a la determinación genética de la paternidad, maternidad y filiación:

- A) Paternidad y maternidad genética de la pareja y biológica de la mujer que presta el útero (óvulo y espermatozoide de la pareja y útero de la mujer gestante).
- B) Paternidad y maternidad “semi- genética” de la pareja y biológica de la mujer que presta el útero (óvulo o espermatozoide de la pareja y útero de la mujer gestante) y, según sea el caso, el óvulo o espermatozoide pertenecerían a un donante anónimo.
- C) No hay paternidad ni maternidad genética ni “semi-genética” de la pareja, pero sí biológica de la mujer gestante (óvulo y espermatozoide donados).
- D) No hay paternidad ni maternidad genética ni “semi-genética” de la pareja, pero la mujer no sólo presta su útero sino también aporta su óvulo fecundado con el espermatozoide de un donante anónimo.
- E) Maternidad “semi-genética” y paternidad genética de la pareja (espermatozoide del hombre y la mujer gestante presta su útero y aporta su óvulo).

Desde el punto de vista de quien contrate la gestación por sustitución con una madre de alquiler podemos distinguir según se trate de una pareja heterosexual, homosexual o bien de una mujer o de un hombre solos.

Desde el punto de vista económico podemos distinguir según la madre de alquiler actúe por solidaridad y de forma altruista o bien medie contraprestación económica. El ánimo lucrativo en la práctica de la gestación por sustitución constituye uno de los aspectos más criticados en tanto que pueda derivar en una explotación de las mujeres con menores recursos económicos, facilitando por otro lado el acceso a la paternidad a aquellas personas que gozan de mayor disponibilidad económica. Supone en definitiva una instrumentalización del más débil en favor del económicamente más poderoso y una cosificación tanto de las mujeres como de los propios niños convirtiéndolos en objeto de comercio vulnerando con ello el principio de indisponibilidad del cuerpo humano. La persona humana no puede ser objeto de comercio. Consecuentemente el niño no puede ser objeto de transacción. En este sentido, la gestación por sustitución onerosa ha sido calificada como incompatible con la dignidad humana de la mujer al permitir la explotación del útero con fines de lucro y como degradante para el niño al amparar su

intercambio por dinero. Además podría llegar a darse el caso de que accedieran a estas técnicas mujeres con el único objeto de evitar las repercusiones estéticas o profesionales que conlleva el embarazo.

La regulación en España de la gestación por sustitución se encuentra enmarcada dentro del tratamiento normativo de las técnicas de reproducción humana asistida, en tanto que se apoya en las dos técnicas de reproducción humana asistida más comunes, esto es, en la inseminación artificial y en la fecundación in vitro, si bien a diferencia del uso aislado de estas técnicas, en las que la voluntad de ser madre pertenece siempre a la mujer gestante, en la gestación por sustitución la voluntad de ser madre queda dissociada de la gestación. Es por ello que, con carácter previo al análisis de la técnica de gestación por sustitución procede obtener una visión global de la evolución de la reproducción asistida en España, mediante el análisis de la evolución legislativa y mediante el estudio de las concretas técnicas de reproducción humana asistida reconocidas.

3.-Reproducción asistida en España. Evolución legislativa.

3.1.- La Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida⁶.

La aparición de las técnicas de reproducción asistida en la década de los años 70, con el nacimiento el 25 de julio de 1978 en Reino Unido de Louise Brown, primer bebé probeta, supuso la apertura de nuevas posibilidades para el tratamiento de la esterilidad, lo que se tradujo en una imperiosa necesidad por abordar su regulación. Para dar respuesta a esta necesidad se aprobó la *Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida*, ley pionera en Europa que permitió a España colocarse a la cabeza del desarrollo de la reproducción asistida. La citada Ley, tal y como señala en su exposición de motivos, no pretendió abarcar todas y cada una de las múltiples implicaciones a que pudiera dar lugar la utilización de estas técnicas, ciñéndose a la realidad y a lo que ésta reflejaba y señalaba como urgente, orientando las grandes líneas de interpretación legal, dejando la valoración de los problemas o aspectos más sutiles a las reglamentaciones que los desarrollasen o al criterio de los jueces. Serían las demandas de uso por parte de la población, y las situaciones que fuesen surgiendo con

⁶ Aprobada por el Gobierno de D. Felipe González Marquéz.

el inevitable dinamismo de la ciencia, la tecnología y la misma sociedad, las que abrirían caminos a nuevas respuestas éticas y jurídicas.

No obstante lo dispuesto en su propia exposición de motivos, lo cierto es que la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, fue una ley progresista, adelantada a la demanda social existente. Muestra de ello es el reconocimiento por la Ley de la reproducción asistida con donante de gametos, el acceso a las técnicas por parte de mujeres solas, la regulación del diagnóstico preimplantacional, la contemplación de la fecundación “post mortem”, etc.

La citada Ley reguló las técnicas de reproducción humana asistida existentes en el momento de su aprobación como actuación médica ante la esterilidad humana, buscando facilitar la procreación en aquellos supuestos en que otras terapéuticas se hubiesen descartado por inadecuadas o ineficaces. De este modo, la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, contemplaba la inseminación artificial (IA), la fecundación in vitro (FIV), con transferencia de embriones (TE), y la transferencia intratubárica de gametos (TIG), siempre y cuando estuviesen científica y clínicamente indicadas y se realizasen en centros y establecimientos sanitarios y científicos autorizados y acreditados, y por equipos especializados. Asimismo la Ley permitía la utilización de estas técnicas en la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético o hereditario, cuando fuese posible recurrir a ellas con suficientes garantías diagnósticas y terapéuticas y estuviesen estrictamente indicadas, previendo igualmente investigación y experimentación con gametos u óvulos fecundados humanos en los términos previstos en la misma.

El paso del tiempo y los avances producidos en el ámbito de la técnica y la práctica médica pusieron de manifiesto la existencia de algunas limitaciones en la norma, generando situaciones de inseguridad jurídica y problemas de considerable calado ético y sanitario. El más importante de estos problemas fue la acumulación de un elevado número de preembriones humanos sobrantes cuyo destino estaba aún sin precisar.

En este sentido, el artículo 11 de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, preveía la crioconservación en los bancos autorizados, por un máximo de cinco años, de los preembriones sobrantes de una FIV, por no transferidos al útero, a expensas de ser

solicitados por las parejas progenitoras o ser donados a otras parejas que lo solicitaran, no especificando cual debía ser el destino de los preembriones crioconservados no transferidos una vez superado el plazo de los cinco años.

Ante esta circunstancia, se aprueba la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, por la que se modifica la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, con el objeto de resolver el problema grave y urgente de la acumulación de preembriones humanos sobrantes cuyo destino no está determinado.

*3.2.- La Ley 45/2003, de 21 de noviembre, por la que se modifica la Ley 35/1988, de 22 de noviembre*⁷

La reforma se concretó en la modificación de los artículos 4 y 11 de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, optando por una solución que combinaba, según señalaba la exposición de motivos de la Ley, el compromiso y la responsabilidad por parte de los centros y los usuarios, con la flexibilidad necesaria para asegurar la eficacia de las técnicas en las distintas circunstancias en las que acuden las mujeres usuarias de las técnicas de FIV.

La Ley estableció un límite máximo de tres preembriones por ciclo al número de preembriones que podían ser transferidos a una mujer en cada ciclo, a fin de reducir el número de partos múltiples, y evitar así los riesgos que este tipo de embarazos puede suponer tanto para la madre como para los hijos.

Así mismo, con objeto de evitar la generación de preembriones supernumerarios fuera de los casos en los que fuese necesario, se previó la fecundación de un máximo de tres ovocitos susceptibles de ser transferidos a la mujer en el mismo ciclo, salvo en los casos en los que lo impidiera la patología de base de los progenitores.

En la disposición final primera se especificaron las grandes líneas de actuación en relación con los preembriones que al momento de aprobarse la Ley se encontraban crioconservados, tanto dentro como fuera del plazo máximo de cinco años. Así, siguiendo las recomendaciones de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida y del Comité Asesor de Ética de Ciencia y Tecnología, la disposición final

⁷ Aprobada por el Gobierno de D. José María Aznar López

primera previó la solicitud del consentimiento informado de las parejas progenitoras, o de la mujer en su caso, acerca de los preembriones criopreservados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley, pudiendo elegir entre las siguientes alternativas : mantener el estado de criopreservación hasta que les fuesen transferidos; donarlos con fines reproductivos a otras parejas que lo solicitasen; manifestar su aprobación para que el material biológico obtenido en el momento de la descongelación pudiera ser utilizado con fines de investigación u optar por su descongelación sin otro fin posterior.

Consecuentemente, dicha Ley autorizó la utilización, con fines de investigación, de los preembriones que se encontraban criopreservados con anterioridad a su entrada en vigor (noviembre de 2003) aunque bajo condiciones muy restrictivas. Pero a la vez que abría esta posibilidad, establecía la limitación de producir un máximo de tres ovocitos en cada ciclo reproductivo, lo que dificultaba la práctica ordinaria de las técnicas de reproducción asistida, al impedir poner los medios para lograr el mayor éxito con el menor riesgo posible para la salud de la mujer, que era el principal objetivo de la Ley modificada, motivo por el cual la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida se mostró particularmente crítica con este aspecto de la reforma. Por otra parte, se dispensaba distinto tratamiento a los preembriones criopreservados o congelados según cual fuera la fecha de su generación. Los anteriores a noviembre de 2003, fecha de la entrada en vigor, podían ser dedicados, además de a otros fines, a la investigación, posibilidad que estaba vedada a los generados con posterioridad, que podrían destinarse únicamente a fines reproductivos de la pareja generadora o a la donación a otras mujeres.

La Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida insistió desde la promulgación de la citada Ley en la necesidad de acometer con prontitud la reforma de la legislación vigente en aquel momento, con el fin de corregir las deficiencias advertidas y de acomodarla a la realidad actual, definiendo las líneas directrices que debería seguir la nueva regulación y que fueron incorporadas por la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida que deroga la Ley 35/1988, de 22 de noviembre y la Ley 45/2003, de 21 de noviembre.

3.3.- La Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida⁸

La Ley 14/2006, de 26 de mayo, tiene por objeto:

- a) Regular la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida acreditadas científicamente y clínicamente indicadas.
- b) Regular la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida en la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético, siempre que existan las garantías diagnósticas y terapéuticas suficientes y sean debidamente autorizadas en los términos previstos en esta Ley.
- c) La regulación de los supuestos y requisitos de utilización de gametos y preembriones humanos crioconservados.

La Ley 14/2006, de 26 de mayo, introduce importantes novedades. En primer lugar, define claramente, con efectos exclusivamente circunscritos a su ámbito propio de aplicación, el concepto de preembrión⁹, entendiendo por tal al embrión in vitro

⁸ Aprobada por el Gobierno de D. José Luís Rodríguez Zapatero.

⁹ El Derecho español parte del diseño de un marco de protección gradual de la vida prenatal. En este sentido, el Tribunal Constitucional, en Sentencia nº 53/1985, de 11 de abril, por la que se resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra el texto definitivo del Proyecto de la Ley Orgánica de Reforma del artículo 417 bis del Código Penal, define la vida humana como “un devenir, un proceso que comienza con la gestación, en el curso de la cual una realidad biológica va tomando corpórea y sensitivamente configuración humana, y que termina en la muerte; es un continuo sometido por efectos del tiempo a cambios cualitativos de naturaleza somática y psíquica que tienen un reflejo en el status jurídico público y privado del sujeto vital”. El Tribunal Constitucional reconoce en la citada sentencia (y posteriores sentencias nº 212/1996, de 19 de diciembre, y nº 116/1999, de 17 de junio) que, partiendo del análisis del artículo 15 de la Constitución que proclama el derecho de “todos” a la vida, no puede desprotegerse la vida en aquella etapa de su proceso que no sólo es condición para la vida independiente del claustro materno, sino que es también un momento del desarrollo de la vida misma, concluyendo que la vida del nasciturus, en cuanto éste encarna un valor fundamental -la vida humana- garantizado en el artículo 15 de la Constitución, constituye un bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto fundamento constitucional, aun cuando no permite afirmar que sea titular del derecho fundamental. En otras palabras, el artículo 15 CE reconoce el derecho de todos a la vida, derecho fundamental del que son titulares los nacidos, sin que quepa extender esta titularidad a los nascituri.

El primer documento que se refirió al concepto de preembrión, si bien no utilizó este término, fue el Informe Warnock de 1984 emitido por el Comité de Investigación sobre Fertilización y Embriología Humanas. Señala el citado documento que ningún embrión humano derivado de fecundación in vitro (congelado o no) puede mantenerse vivo más de catorce días después de la fecundación, si no es trasladado al cuerpo de una mujer; tampoco se le puede utilizar como objeto de investigación más allá de los catorce días a partir de la fecundación. Este período de catorce días no incluye el tiempo durante el cual el embrión esté congelado. En este sentido, la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, planteó en su exposición de motivos la necesidad de definir el status jurídico del desarrollo embrionario, especialmente en los primeros meses, distinguiendo entre; a) el preembrión o embrión preimplantatorio, por corresponderse

constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde. Además, en línea con lo que dispone la Constitución Europea, prohíbe la clonación en seres humanos con fines reproductivos.

Las técnicas de reproducción asistida que pueden practicarse también son objeto de nueva regulación. Debido a que la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, siguió el método de enumerar, mediante una lista cerrada, cuantas posibilidades técnicas eran conocidas en aquel momento, y fijaba en relación con ellas los límites legales de actuación, las nuevas técnicas surgidas por los avances científicos carecen de una consideración expresa en la Norma, y suscitan el debate sobre la existencia de un vacío jurídico o, por el contrario, la aplicación extensiva de la Ley en vigor sobre la base de una interpretación lo más amplia posible. La nueva Ley sigue un criterio mucho más abierto al enumerar en un anexo las técnicas que, según el estado de la ciencia y la práctica clínica, pueden realizarse hoy día (Inseminación artificial; Fecundación in Vitro e inyección intracitoplásmica de espermatozoides con gametos propios o de donante y con transferencia de preembriones; Transferencia intratubárica de gametos), evitando la petrificación normativa al permitir, por un lado, la práctica provisional y tutelada como técnica experimental de cualquier otra técnica autorizada por la autoridad sanitaria correspondiente, previo informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, y por otro, la actualización por el Gobierno, mediante real decreto y previo informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, del anexo que contempla las técnicas de reproducción humana asistida para adaptarlo a los avances

con la fase de preorganogénesis, para designar al grupo de células resultantes de la división progresiva del óvulo desde que es fecundado hasta aproximadamente catorce días más tarde, cuando anida establemente en el interior del útero acabado el proceso de implantación que se inició días antes, y aparece en él la línea primitiva; b) el embrión propiamente dicho, correspondiente a la fase del desarrollo embrionario que, continuando la anterior si se ha completado, señala el origen e incremento de la organogénesis o formación de los órganos humanos, y cuya duración es de unos dos meses y medio más; y c) el feto, como fase más avanzada del desarrollo embriológico, en que se conoce el embrión con apariencia humana y sus órganos formados, que maduran paulatinamente preparándole para asegurar su viabilidad y autonomía después del parto. Sobre esta base, la citada Ley 35/1988, de 22 de noviembre, señalaba en su exposición de motivos la diferente valoración y protección jurídica atendiendo a las distintas fases del desarrollo embrionario, exigiendo en su artículo 15 que, para cualquier investigación sobre preembriones, sea de carácter diagnóstico, o general, no se desarrollen in vitro más allá de catorce días después de la fecundación del óvulo, descontando el tiempo en que pudieron haber estado crioconservados. En el mismo sentido, la vigente Ley 14/2006, de 26 de mayo, como importante novedad, define claramente, con efectos exclusivamente circunscritos a su ámbito de aplicación, el concepto de preembrión, entendiendo por tal al embrión in Vitro constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde.

científicos y técnicos y para incorporar aquellas técnicas experimentales que hayan demostrado, mediante experiencia suficiente, reunir las condiciones de acreditación científica y clínica precisas para su aplicación generalizada.

La Ley es respetuosa con la realidad autonómica actual del Estado español, en el que la autorización de proyectos concretos corresponde de manera indudable a las Comunidades Autónomas, a las que se dota del necesario apoyo técnico, mediante el reforzamiento del papel asesor de una única comisión, de la que forman parte representantes de las propias Comunidades Autónomas. Precisamente por ello, la Ley refuerza el papel asesor de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida¹⁰, que debe emitir informes preceptivos acerca de cuantos proyectos nuevos, sea para el desarrollo de nuevas técnicas, sea como investigación de carácter básico o aplicado, se puedan promover, pero, al mismo tiempo, mantiene la capacidad decisoria de las autoridades sanitarias correspondientes.

Para corregir los problemas suscitados por la legislación precedente, la Ley elimina las diferencias en la consideración de los preembriones que se encontrasen criopreservados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, y los que pudieran generarse posteriormente, en cuanto a sus posibles destinos, siempre supeditados a la voluntad de los progenitores y, en el caso de la investigación, a condiciones estrictas de autorización, seguimiento y control por parte de las autoridades sanitarias correspondientes. Con ello, al igual que ocurre en otros países, se desarrollan instrumentos adecuados para garantizar la demandada protección del preembrión. Asimismo, se eliminan los límites que se establecieron en la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, para la generación de ovocitos en cada ciclo reproductivo, límites que deberán derivar de manera exclusiva de las indicaciones clínicas que existan en cada caso.

¹⁰ La Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida se configura como un órgano colegiado, de carácter permanente y consultivo, dependiente del Ministerio de Sanidad y Política Social, adscrito a la Dirección General de Terapias Avanzadas y Trasplantes. Su regulación se contiene en el Real Decreto 42/2010, de 15 de enero, que deroga el Real Decreto 415/1997, de 21 de marzo, por el que se crea la citada Comisión.

4.- Técnicas de reproducción humana asistida.

Las técnicas de reproducción humana asistida tienen como objetivo principal la solución de los problemas de esterilidad humana, para facilitar la procreación, cuando otras terapéuticas se hayan descartado por inadecuadas o ineficaces. También pueden utilizarse en la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético o hereditario, cuando sea posible recurrir a ellas con suficientes garantías diagnósticas y terapéuticas y estén estrictamente indicadas. Sólo pueden llevarse a cabo cuando haya posibilidades razonables de éxito y no supongan riesgo grave para la salud física o psíquica de la mujer o de la posible descendencia; y siempre en mujeres mayores de edad, con plena capacidad de obrar, con independencia de su estado civil y orientación sexual, que deben haber sido anterior y debidamente informadas de sus posibilidades de éxito, así como de sus riesgos y de las condiciones de dicha aplicación.

La Ley 14/2006, de 26 de mayo, regula la aplicación de las siguientes técnicas de reproducción humana asistida acreditadas científicamente y clínicamente indicadas, recogidas en Anexo a la Ley:

4.1.- Inseminación artificial

La inseminación artificial consiste en la introducción de los espermatozoides, previamente tratados en el laboratorio, en el cérvix o dentro de la cavidad uterina de la mujer, en el periodo próximo a la ovulación.

La inseminación artificial es una técnica indicada en aquellos supuestos de disminución del número o de la movilidad de los espermatozoides, y/o anomalías de los mismos; dificultad de penetración de los espermatozoides en la cavidad uterina; causa desconocida de infertilidad o esterilidad y trastornos ovulatorios. Ello sin perjuicio del acceso a la práctica de mujeres solas con material genético de donante.

La inseminación artificial se puede llevar a cabo durante el ciclo natural, o después de un proceso de estimulación ovárica mediante el uso de fármacos, cuya acción es similar a la de ciertas hormonas producidas por la mujer, resultando que la tasa de embarazo es significativamente mayor en los ciclos estimulados que en los espontáneos. La finalidad

de este tratamiento es obtener el desarrollo de uno o varios folículos, en cuyo interior se encuentran los óvulos. Una vez obtenido el desarrollo adecuado, se administran otros medicamentos para lograr la maduración final de los óvulos y programar el momento más adecuado para realizar la inseminación. El día indicado para la inseminación el varón deberá acudir a dejar la muestra de semen, que se procesará a fin de seleccionar los espermatozoides de mejor calidad. Posteriormente, se realiza la introducción de dichos espermatozoides en el interior del útero mediante catéter.

Los principales riesgos de este procedimiento terapéutico son: embarazo múltiple; Síndrome de hiperestimulación ovárica¹¹ y embarazo ectópico¹². Otros riesgos que excepcionalmente se pueden producir son la infección del aparato genital de la mujer, causada por gérmenes presentes en éste o procedentes del semen; la torsión ovárica, que se manifiesta por un cuadro agudo de dolor pélvico y cuyo tratamiento puede ser quirúrgico; riesgos específicos producidos en el caso de una mujer de edad avanzada; riesgos de transmisión de enfermedades a la descendencia; riesgos psicológicos (ansiedad, depresión, etc.)

La inseminación artificial puede ser de dos tipos:

- a) Homóloga o con semen de la pareja (IAH) cuando el semen de la pareja es válido para la procreación pero existe algún impedimento fisiológico, sea en el hombre o en la mujer, para que esta se produzca como resultado normal del coito.
- b) Heteróloga o con semen de donante (IAD). Los principales receptores de la donación de espermatozoides son los matrimonios infértiles, parejas del mismo sexo y mujeres sin pareja.

La problemática que presenta la inseminación artificial difiere según que el semen del varón corresponda a la pareja de la mujer o que el semen proceda de tercero y se encuentre depositado en cualquier banco ad hoc. Una de las claves del sistema de

¹¹ En ocasiones, la respuesta ovárica al tratamiento es excesiva, se desarrolla un gran número de folículos, aumenta el tamaño ovárico y se eleva considerablemente la cantidad de estradiol en sangre.

¹² Consiste en la implantación del embrión fuera del útero, habitualmente en las trompas. Excepcionalmente puede coexistir con un embarazo situado en el útero

técnicas de reproducción humana asistida en el ordenamiento jurídico español viene determinando precisamente por el principio del anonimato del donante¹³.

4.2.- Fecundación In Vitro

La Fecundación in Vitro es un tratamiento que consta de procedimientos médicos y biológicos destinados a facilitar la unión de óvulos (ovocitos) y espermatozoides en el Laboratorio, y obtener embriones que serán introducidos en el útero para lograr la gestación.

La Fecundación in Vitro puede realizarse mediante dos procedimientos diferentes: Fecundación in Vitro convencional o FIV, en la que el óvulo y espermatozoide se unen de forma espontánea en el laboratorio; y la Microinyección Espermática o ICSI, en la que la fecundación se realiza inyectando un espermatozoide en cada óvulo.

De la fecundación se obtienen los preembriones, que son el grupo de células resultantes de la división progresiva del óvulo desde que es fecundado hasta 14 días más tarde. Sólo deben generarse un número de preembriones en cada ciclo reproductivo que, conforme a criterios clínicos, garantice posibilidades razonables de éxito reproductivo de cada caso. Un número limitado (entre 1 y 3) de los preembriones obtenidos será transferido al útero para conseguir la gestación. El resto de embriones viables, si los hubiera, serán congelados para ser destinados a los fines legalmente establecidos.

¹³ La Ley 14/2006, de 26 de mayo, recoge en su artículo 5 el régimen jurídico aplicable a los donantes de gametos y preembriones, configurando el contrato de donación como un contrato gratuito, formal y confidencial concertado entre el donante y el centro autorizado. La regulación contenida en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, salvaguarda el derecho a la intimidad del donante frente al derecho del hijo a conocer su origen biológico, favoreciendo con ello el acceso a las técnicas de reproducción humana asistida. No cabe duda de que la supresión del anonimato del donante y por tanto el reconocimiento del derecho del hijo a conocer su origen biológico supondría una reducción considerable de las donaciones y en consecuencia de los tratamientos y de la calidad asistencial, y ello en tanto que la efectividad de la Legislación en materia de técnicas de reproducción humana asistida reside en su mayor parte en la persona que dona los gametos o preembriones, tal y como ha admitido el Tribunal Constitucional en la Sentencia de 17 de junio de 1999 al señalar que la finalidad de la Ley no es otra que compatibilizar la obtención de gametos y preembriones imprescindibles para la puesta en práctica de las técnicas de reproducción asistida con el derecho a la intimidad de los donantes, contribuyendo, de tal modo, a favorecer el acceso a estas técnicas de reproducción humana artificial. En definitiva el Tribunal Constitucional reconoce a la figura del donante como elemento clave en las técnicas de reproducción humana asistida, de forma que sin donante no hay técnicas, resultando que sólo con la exención de responsabilidades a su cargo se facilitan los voluntarios. Sobre esta cuestión se incide nuevamente en el epígrafe relativo al régimen jurídico de la gestación por sustitución en España, concretamente en la regulación contenida en la Ley 14/2006, de 26 de mayo.

Las indicaciones más frecuentes para el uso de la FIV son: trastornos de la fertilidad; ausencia, obstrucción o lesión de las trompas, disminución del número y/o movilidad de los espermatozoides o aumento de las alteraciones morfológicas de los mismos; endometriosis¹⁴ moderada o severa; alteraciones de la ovulación; fracaso de otros tratamientos; edad avanzada y Diagnóstico genético preimplantacional¹⁵.

La Fecundación In Vitro (FIV) y la Microinyección Espermática (ICSI) comienzan habitualmente con la estimulación de los ovarios. Obtenido el desarrollo y la maduración final de los óvulos, se extraen mediante punción de los ovarios y aspiración de los folículos, bajo visión ecográfica y por vía vaginal. Obtenidos los óvulos, el Laboratorio deberá disponer de los espermatozoides procedentes de la pareja o en su caso de donante anónimo. El semen se prepara con el fin de seleccionar los espermatozoides más adecuados para la fecundación. Al día siguiente de la FIV o ICSI se determina el número de óvulos fecundados y en los días sucesivos de cultivo se valora el número y calidad de los preembriones que continúan su desarrollo. El tercer día después de la punción se procede a la extracción del corpúsculo polar o de una/dos células del preembrión, con el fin de analizarlas según el procedimiento genético apropiado para cada caso. La transferencia embrionaria se hará mediante el depósito de los embriones libres de la patología analizada en la cavidad uterina a través de la vagina.

¹⁴ La endometriosis consiste en la aparición y crecimiento de tejido endometrial (mucosa que recubre el interior del útero) fuera del útero, sobre todo en la cavidad pélvica como en los ovarios, detrás del útero, en los ligamentos uterinos, en la vejiga urinaria o en el intestino. Es menos frecuente que la endometriosis aparezca fuera del abdomen como en los pulmones o en otras partes del cuerpo. Se han descrito casos raros de endometriosis incluso en el cerebro.

¹⁵ El diagnóstico genético preimplantacional consiste en el estudio del ADN de preembriones humanos obtenidos por técnicas de fecundación in vitro con el objeto de seleccionar, antes de ser transferidos al útero materno, aquellos que cumplen determinadas características y/o eliminar aquellos que portan algún tipo de defecto congénito. Consecuentemente, el DGP es una práctica que se basa en una técnica de reproducción humana asistida (FIV) pero que está desvinculada del problema de infertilidad, pudiendo acceder al mismo parejas fértiles. Las indicaciones más frecuentes de esta técnica son: la evitación del nacimiento de niños con enfermedades hereditarias graves; la reproducción de mujeres de edad materna avanzada y de mujeres propensas a sufrir abortos naturales; o la elección de las características del bebé, bien con el objeto de crear niños al gusto y a la medida mediante la selección de características tales como el sexo, el color de los ojos o el color del cabello, finalidad expresamente prohibida en España, bien con el objeto de ayudar a un tercero como donante. En el primer caso estaríamos aludiendo a los comúnmente denominados “bebés a la carta” o “bebés de diseño” y en el segundo caso a los denominados “bebés medicamento”.

El número de preembriones transferidos al útero no puede ser superior a tres en cada ciclo reproductivo, tal y como señala el artículo 3.2 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo.

En caso de existir preembriones viables sobrantes de un ciclo de Fecundación in Vitro se preservarán mediante congelación. Entre los posibles destinos de los preembriones crioconservados cita la Ley: su utilización por la propia mujer o su cónyuge; la donación con fines reproductivos; la donación con fines de investigación, y con carácter residual, el cese de su conservación sin otra utilización, esto es, su destrucción, opción que sólo será aplicable una vez finalizado el plazo máximo de conservación establecido en la Ley sin que se haya optado por alguno de los anteriores destinos, es decir, una vez que se considere que la receptora no reúne los requisitos clínicamente adecuados para la práctica de la técnica de reproducción asistida sin haberse optado por los anteriores destinos. Esta última opción se prevé con carácter residual para el caso de los preembriones y los ovocitos crioconservados, resultando únicamente aplicable una vez finalizado el plazo máximo de conservación establecido en la Ley sin que se haya optado por alguno de los anteriores destinos, es decir, una vez que se considere que la receptora no reúne los requisitos clínicamente adecuados para la práctica de la técnica de reproducción asistida sin haberse optado por los anteriores destinos. El carácter residual de esta opción radica en la especial protección de que la Ley dota a los preembriones humanos, protección que comparten los ovocitos crioconservados, no así el semen o el tejido ovárico.

La utilización de los preembriones para cualquiera de los fines citados, requerirá del consentimiento informado correspondiente debidamente acreditado. El consentimiento deberá haber sido prestado por la mujer o, en el caso de la mujer casada con un hombre, también por el marido, con anterioridad a la generación de los preembriones, pudiendo ser modificado en cualquier momento anterior a su aplicación. Cada dos años, como mínimo, se solicitará de la mujer o de la pareja progenitora la renovación o modificación del consentimiento firmado previamente. Si durante dos renovaciones consecutivas fuera imposible obtener de la mujer o de la pareja progenitora la firma del consentimiento correspondiente, y se pudieran demostrar de manera fehaciente las actuaciones llevadas a cabo con el fin de obtener dicha renovación sin obtener la respuesta requerida, los preembriones quedarán a disposición de los centros en los que

se encuentren crioconservados, que podrán destinarlos conforme a su criterio a cualquiera de los fines citados, manteniendo las exigencias de confidencialidad y anonimato establecidas y la gratuidad y ausencia de ánimo de lucro.

Los principales riesgos de este procedimiento terapéutico son: embarazo múltiple; Síndrome de hiperestimulación ovárica; embarazo ectópico; aborto; defectos congénitos y alteraciones cromosómicas de los hijos; riesgos psicológicos (síntomas de ansiedad y síntomas depresivos, tanto en el hombre como en la mujer); riesgos de la anestesia; reacciones adversa o intolerancia a la medicación; infección peritoneal; complicaciones de la punción folicular; torsión ovárica o cancelación de la estimulación ovárica por ausencia o inadecuado desarrollo folicular o por excesiva respuesta a los tratamientos. En cualquier caso, la edad avanzada, el consumo de tabaco y las alteraciones importantes del peso corporal aumentan el riesgo de complicaciones durante el tratamiento, embarazo y para la descendencia, requieren adaptaciones en el tratamiento necesario para la estimulación ovárica y reducen las tasas de éxito

4.3.- Transferencia intratubárica de gametos

La Transferencia de Gametos es un tratamiento que consta de procedimientos médicos y biológicos destinados a facilitar la unión de óvulos (ovocitos) y espermatozoides en el útero (T.U.G) o en la trompa de Falopio (G.I.F.T.) para lograr la gestación.

Las indicaciones más frecuentes de la Transferencia de gametos son: trastornos de la fertilidad; ausencia, obstrucción o lesión de las trompas; disminución del número y/o movilidad de los espermatozoides o aumento de las alteraciones morfológicas de los mismos; endometriosis moderada o severa consistente en la aparición y crecimiento en lugares anormales de la mucosa que reviste el interior del útero; alteraciones de la ovulación; fracaso de otros tratamientos; edad avanzada o problemas ético-morales con la FIV.

La Transferencia de Gametos comienza habitualmente con la estimulación de los ovarios mediante el uso de fármacos. Obtenido el desarrollo adecuado de los folículos se administran otros medicamentos para lograr la maduración final de los óvulos.

Los óvulos se extraen mediante punción de los ovarios y aspiración de los folículos, bajo visión ecográfica y por vía vaginal. Los óvulos (ovocitos) obtenidos se preparan y clasifican en el laboratorio. Una vez obtenidos los óvulos, el laboratorio deberá disponer de los espermatozoides procedentes de la pareja, o de un donante anónimo, en los casos que así proceda. El semen se prepara en el laboratorio con el fin de seleccionar los espermatozoides más adecuados para la fecundación. Los óvulos y los espermatozoides se cultivan en el laboratorio conjuntamente en condiciones favorables durante unas horas. La transferencia consiste en el depósito de los óvulos y los espermatozoides en la cavidad uterina, a través de la vagina, o en la trompa de Falopio, por vía transabdominal.

Los principales riesgos de este procedimiento terapéutico son similares a los de la FIV.

5.- Régimen jurídico de la Gestación por sustitución en España

5.1.- El artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida

En España la gestación por sustitución está expresamente prohibida por el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, cuyo apartado primero declara la nulidad de pleno derecho de aquel contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.

De la ubicación de la regulación de la gestación por sustitución en el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, se desprende, para la puesta en práctica de la gestación por sustitución, el empleo de alguna de las técnicas de reproducción humana asistida que la ley expresamente regula, si bien, atendiendo a la redacción del artículo, es posible que de una forma natural se plantee este mismo supuesto¹⁶.

¹⁶ A ello ayudaban hasta fechas recientes, tal y como señala Carmen L. García Pérez, los artículos 47.1 LRC, 167 y 182 RRC en virtud de los cuales se facultaba la madre biológica para ocultar la circunstancia registral de la filiación materna, si bien a raíz de la sentencia del TS de 21 de septiembre de 1999 se declara la inconstitucionalidad sobrevenida de los preceptos mencionados, dado que suponían la vulneración de los principios constitucionales de libre investigación de la paternidad y de igualdad. Señala la citada sentencia que: “nos encontramos, por ello, ante una regulación normativa registral anterior a la Constitución, que posibilita la ocultación de la identidad de la madre biológica, por su propia decisión, confirmada por los desarrollos reglamentarios posteriores a 1978, ya que la redacción del

El precitado artículo 10.1 prohíbe cualquier tipo de gestación por sustitución con independencia de quien aporte el material genético, quien contrate la gestación o de que medie o no contraprestación económica. En todo caso para que exista gestación por sustitución es preciso que la mujer gestante renuncie con posterioridad a la filiación materna en favor del contratante o de un tercero. No bastará por lo tanto con la entrega del niño a una tercera persona, sino que el artículo 10 fundamenta la nulidad del contrato de gestación por sustitución en la renuncia a la filiación materna. En este sentido Carmen L. García Pérez afirma que, aún en el supuesto de que el contrato no incluya una cláusula de renuncia, podrá igualmente declararse su nulidad si en su

artículo 120 del Código Civil se configura en términos genéricos, y no incluye un expreso reconocimiento de tan negativa restricción. Ya desde el inicio de la vigencia de dicha normativa registral, la doctrina expresó sus reservas a esta formulación del desconocimiento de la filiación, pues se entendía, frente al criterio de la Comisión de Reforma (el secreto profesional podría salvar la vida de niños recién nacidos, evitando así el aborto e infanticidio por parte de madres deseosas de evitar la divulgación de su maternidad extramatrimonial) que las graves razones de interés público en la determinación del vínculo de la filiación, cualquiera que fuere su clase, se oponían a esa ocultación; no posible, por otra parte, en cuanto a la entonces denominada «familia legítima», en la que tal conducta podría rozar el ámbito punitivo. Sin embargo, en la actualidad, y tras la vigencia de la Constitución de 1978 entendemos que tal limitación, elusiva de la constancia clínica de la identidad de la madre, ha quedado derogada por su manifiesta oposición a lo en ella establecido, y no debe ser aplicada por los Jueces y Tribunales, siendo nulos, por ende, los actos producidos bajo su cobertura. En concreto, el sistema diseñado en los artículos 167, 182 y concordantes del Reglamento del Registro Civil, y sus disposiciones de desarrollo pugnan con el principio de libre investigación de la paternidad (artículo 39.2 de la Constitución española), y con el de igualdad (artículo 14), además de erosionar gravemente el artículo 10 de la Constitución Española, al afectar a la misma dignidad de madre e hijo, a sus derechos inviolables inherentes a ella, y al libre desarrollo de su personalidad y al mismo artículo 24.1 en cuanto resulta proscriptivo de la indefensión. La coincidencia entre filiación legal y paternidad y maternidad biológica deben ser totales. Esta es la base desde la que decae la regulación reglamentaria permisiva de tal ocultación. Y desde ella deben ser contrastados sus elementos restrictivos. En líneas generales la regulación reglamentaria del Registro Civil supone una contradicción con el principio constitucional de igualdad e investigación libre de la paternidad, al situar a la madre biológica en situación relevante frente al padre, e incluso frente al mismo hijo, ya que al padre se le puede imponer coactivamente la paternidad, en tanto que la madre, que puede determinar libremente si va a continuar la gestación o cortar por completo sus relaciones con la persona nacida, tiene el camino despejado para eludir sus obligaciones. El hijo biológico, además, pierde por completo el nexo que le permitiría, en su momento, conocer su verdadera filiación, debido a un acto voluntario de la madre, expresivo de su no asunción de la maternidad y sus responsabilidades inherentes. Por último, el sistema encierra graves discordancias, no sólo con relación a los mismos padre e hijo biológicos, sino también frente a la unión matrimonial, en la que la madre no puede renunciar a su maternidad ni negar al hijo el hecho de su filiación, ni el padre deshacer por sí solo la presunción de su paternidad, lo que no resulta constitucionalmente congruente máxime, cuando las investigaciones científicas tienden, en la actualidad, a poner de relieve las interrelaciones biológicas que se desprenden de los antecedentes genéticos y su influencia, de manera, que cabe hablar del derecho de las personas a conocer su herencia genética”. En relación con lo anterior, véase GARCIA PEREZ, C. L., “Gestación por sustitución” en COBACHO GÓMEZ, J.A. (Dir.) y INIESTA DELGADO, J.J. (Coord.), *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Aranzadi S.A., Navarra, 2007. Pp. 353-394

ejecución se llega a la misma consecuencia¹⁷. En este sentido hace referencia a la posibilidad que contempla la legislación a través de la figura de la “adopción express”. En este sentido, un hombre casado podría ser padre biológico con una mujer que no sea su esposa, de modo que tras el alumbramiento, ésta preste su consentimiento a la adopción por la vía prevista en el artículo 172.2.2º del Código Civil, conforme al cual no se requiere propuesta previa de la entidad pública a favor del adoptante para iniciar expediente de adopción, cuando el adoptando sea hijo del consorte del adoptante. En este supuesto, y en virtud de lo previsto en el artículo 177.2.2º el asentimiento a la adopción de la madre no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido treinta días desde el parto.

Consecuentemente, y en virtud de lo previsto en los apartados segundo y tercero del precitado artículo, la filiación de los hijos nacidos por gestación por sustitución será determinada por el parto, de modo que la mujer que da a luz en virtud de un contrato de gestación por sustitución será la madre legal con independencia de quien haya aportado el material biológico, quedando a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.

En virtud de lo anterior la “madre de deseo”, incluso en el supuesto de haber aportado su material genético, carece de derecho a reclamar la maternidad, y ello porque el legislador español da prevalencia a la maternidad de gestación sobre la maternidad genética basándose para ello en la estrecha relación psicofísica que une a la madre con el futuro descendiente durante los 9 meses de embarazo. Tal y como indica Carmen L. García Pérez, con el artículo 10 se niega la renuncia a la filiación de la madre gestante pero se admite sin ningún tipo de complejo la renuncia a la filiación de la madre genética¹⁸.

En este sentido, la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, derogada por la actual Ley 14/2006, de 26 de mayo, señalaba en su Exposición de motivos que “desde una perspectiva biológica, la maternidad puede ser plena o no plena, y ello es importante en relación con las técnicas que aquí referimos; en la maternidad biológica plena, la madre

¹⁷ Véase GARCIA PEREZ, C. L., “Gestación por sustitución”, ob. cit. P. 380

¹⁸ Véase GARCIA PEREZ, C. L., “Gestación por sustitución”, ob. cit. P. 373

ha gestado al hijo con su propio óvulo; en la no plena o parcial, la mujer solo aporta la gestación (maternidad de gestación), o su óvulo/s (maternidad genética), pero no ambos; son matices de gran interés que no siempre están claros, y que conviene establecer sin equívocos. Por su parte, la paternidad solo es genética, por razones obvias de imposibilidad de embarazo en el varón. Finalmente, pueden la maternidad y la paternidad biológicas serlo también legales, educacionales o de deseo, y en tal sentido, es importante valorar cual es la más humanizada, la más profunda en relación con el hijo, pues habida cuenta de las posibilidades y combinaciones que puedan darse, especialmente cuando en la gestación intervienen donantes de gametos u óvulos fecundados, los códigos han de actualizarse sobre cuestiones determinadas que no contemplan. En cualquier caso, y sin cuestionar el alcance de las otras variantes, se atribuye a la maternidad de gestación el mayor rango, por la estrecha relación psicofísica con el futuro descendiente durante los nueve meses de embarazo”. En relación con el valor que la Ley (tanto la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, como la actual Ley 14/2006, de 26 de mayo) otorga a la “paternidad o maternidad social o de deseo” indica Carmen L. García Pérez¹⁹ que, si bien la Ley en un sentido amplio le da una gran importancia, lo cual se desprende del hecho de que la Ley contemple la inseminación o fecundación artificial de la mujer sola así como la de parejas con problemas de infertilidad, para el caso concreto de la gestación por sustitución la tendencia no es la misma, determinándose la filiación por el hecho del parto.

En este mismo sentido se manifiesta el Informe elaborado por la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación in Vitro y la Inseminación Artificial Humana (Comisión Palacios) de 1986, cuyo objeto era prestar asesoramiento en torno a los problemas genéticos, biológicos y éticos que plantea la reproducción humana asistida, siendo sus recomendaciones la base principal en la regulación contenida en la Ley 35/1988, de 25 de noviembre. Señala el citado informe, en relación con los aspectos genéticos de la maternidad y la gestación, que “ni por razones biológicas, ni por razones humanas tienen el mismo valor, y que de ambos es más importante el componente de gestación que el genético, pues la gestante lleva en su vientre al fruto durante nueve meses y lo protege fisiológica y psicológicamente, lo cual irá siempre a favor de la mujer portadora

¹⁹ Véase GARCIA PEREZ, C. L., “Gestación por sustitución”, ob. cit. P.357

y en contra de la gestación de sustitución a favor de otros”. Asimismo, el Informe Palacios afirma que “ha sido rechazada la gestación de sustitución por razones éticas (...) se considera que hay unidad de valor en la maternidad que en ella (la subrogada) no se respeta y crea una distorsión deshumanizadora”. En coherencia con lo anterior, la Comisión Palacios adoptó las siguientes recomendaciones en relación con la gestación por sustitución: a) debería prohibirse la gestación por sustitución en cualquier circunstancia; b) deberían ser objeto de sanción penal o del tipo que procediese las personas que participasen en un contrato de gestación de sustitución, aunque no fuese escrito, así como las personas, agencias o instituciones que las propiciasen y los equipos médicos que las realizasen; y c) deberían ser objeto de sanción los centros sanitarios o servicios en los que se realizasen las técnicas para la gestación de sustitución.

Desde un punto de vista jurídico, existe la presunción de derecho de que la madre es la que alumbra al hijo, la que da a luz al hijo mediante el parto. El desarrollo de las técnicas de reproducción humana asistida, y en concreto la práctica de la gestación por sustitución, rompe con una máxima del derecho romano, cuyo aforismo jurídico en latín se corresponde con “mater semper certa est” en virtud del cual se entiende que la maternidad es un hecho biológico evidente en razón del embarazo, por lo que no se puede impugnar. Es evidente que este aforismo jurídico del derecho romano clásico, que no admitía prueba en contrario (porque hasta hace poco más de 30 años se desconocían las técnicas de reproducción médicamente asistida), en la actualidad presenta un panorama diferente en cuanto a presunción.

Sin perjuicio de lo anterior, la Ley prevé la posibilidad de atribuir la paternidad del nacido mediante esta técnica por los medios ordinarios regulados en nuestra legislación. En este sentido, el artículo 10.3 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, permite el ejercicio tanto de la acción de reclamación de la paternidad correspondiente al hijo como la de reclamación por parte del padre biológico de la filiación paterna²⁰. Consecuentemente, en la relación contractual prohibida por el precitado artículo 10, el miembro de la pareja estable no aparece como donante anónimo.

²⁰ Las acciones a las que se refiere el artículo 10.3 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, son las generales de la determinación legal de la filiación, reguladas en los artículos 764 y siguientes de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Para el caso de que se haya contado con donante, habrá de atenderse a la regla general del anonimato e imposible determinación de la paternidad. En este sentido, en virtud del artículo 5 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, la donación será anónima y deberá garantizarse la confidencialidad de los datos de identidad de los donantes, teniendo derecho los hijos nacidos, así como las receptoras de los gametos y de los preembriones, a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad. Sólo excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las Leyes procesales penales, prevé la Ley la revelación de la identidad de los donantes, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. En cualquier caso, dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará publicidad de la identidad de los donantes. El citado precepto trata por tanto de salvaguardar el derecho a la intimidad del donante frente al derecho del hijo a conocer su origen con el propósito de favorecer el acceso a las técnicas de reproducción humana artificial dada la dificultad de obtener material genético para llevarlas a cabo. La figura del anonimato del donante ha sido avalada por la Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de junio de 1999²¹ que resuelve recurso de inconstitucionalidad contra la Ley

²¹ La figura del anonimato del donante ha sido avalada por la Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de junio de 1999 que resuelve recurso de inconstitucionalidad promovido por 63 diputados del Grupo Parlamentario Popular contra la Ley 35/1988, de 22 de noviembre. Entre los motivos por los que se impugna la citada Ley nos interesa la pretendida incompatibilidad del artículo 5.5 de la misma, relativo al anonimato de la donación y de redacción similar al artículo 5.5 de la Ley vigente, con lo dispuesto en el artículo 39.2 de la Constitución, conforme al cuál la Ley posibilitará la investigación de la paternidad. El Tribunal Constitucional resuelve la cuestión en el Fundamento Jurídico 15 de la precitada sentencia señalando que, si bien es cierto que la Constitución ordena al legislador que posibilite la investigación de la paternidad, ello no implica la existencia de un derecho incondicionado de los ciudadanos a averiguar, en todo caso y al margen de la concurrencia de causas justificativas que lo desaconsejen, la identidad de su progenitor. Recuerda el Tribunal Constitucional que la acción de reclamación o de investigación de la paternidad se orienta a constituir, entre los sujetos afectados, un vínculo jurídico comprensivo de derechos y obligaciones recíprocos, integrante de la denominada relación paterno-filial, mientras que la revelación de la identidad del progenitor en la aplicación de técnicas de procreación artificial no se ordena en modo alguno a la constitución de tal vínculo jurídico, sino a una mera determinación identificativa del sujeto donante de los gametos origen de la generación. Es decir, la identificación del progenitor en la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida tiene por objeto, no tanto la determinación de la filiación, sino la satisfacción de una necesidad personal de conocer el propio origen biológico. Afirma asimismo el Tribunal Constitucional que de la regulación contenida en el artículo 5.5 de la Ley no se derivan consecuencias perjudiciales para los hijos con alcance bastante para afirmar que se produce una desprotección de éstos, y ello porque, por un lado, el anonimato de los donantes regulado por la Ley no es absoluto, en atención a las excepciones previstas en la norma, y por otro lado, porque se atribuye a los hijos nacidos mediante las técnicas reproductoras artificiales, o a sus representantes legales, el derecho a obtener información general de los donantes, a reserva de su identidad, lo que garantiza el conocimiento de los factores o elementos genéticos y de otra índole de su progenitor. Finalmente concluye el Tribunal

35/1988, de 22 de noviembre, pese a lo cual, algunos autores señalan la ausencia de fundamento constitucional²². En este sentido, un importante sector de la doctrina considera inconstitucional la regulación del anonimato del donante fundamentándolo principalmente en la conculcación del artículo 39.2 CE conforme al cuál la Ley posibilitará la investigación de la paternidad; del artículo 39.3 CE que impone a los padres el deber de prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda; del artículo 14 CE en tanto que negar a unos hijos el derecho a conocer su filiación biológica frente a otros atenta contra el derecho de igualdad; del artículo 10 CE en tanto que se atenta contra la dignidad del hijo y el libre desarrollo de su personalidad, entendiendo que aquellos que desconocen su origen biológico mal pueden desarrollarse como persona; del artículo 15 CE concretamente en lo relativo al derecho a la integridad moral y del artículo 18 CE en lo relativo al derecho a la intimidad personal y familiar del hijo. Consecuentemente, los principales argumentos esgrimidos a la hora de levantar el anonimato del donante son: el derecho a conocer el propio origen biológico y la necesidad emocional de todo ser humano de conocer su origen biológico y la identidad de sus progenitores, lo cual no necesariamente implica el establecimiento legal de la

defendiendo que la finalidad de la Ley no es otra que compatibilizar la obtención de gametos y preembriones imprescindibles para la puesta en práctica de las técnicas de reproducción asistida con el derecho a la intimidad de los donantes, contribuyendo, de tal modo, a favorecer el acceso a estas técnicas de reproducción humana artificial. En definitiva el Tribunal Constitucional reconoce a la figura del donante como elemento clave en las técnicas de reproducción humana asistida, de forma que sin donante no hay técnicas, resultando que sólo con la exención de responsabilidades a su cargo se facilitan los voluntarios.

²²En este sentido Carlos Manuel Díez Soto señala que “pese a contar con el aval de la STC 116/1999, tal planteamiento, sustentado en un pretendido “derecho a la procreación” carente de fundamento constitucional, resulta difícilmente conciliable con las exigencias constitucionales, especialmente en lo que se refiere al principio de igualdad de todo nacido con independencia de su filiación, y al derecho que todo hijo tiene a recibir asistencia de todo orden de sus padres (arts. 14 y 39 CE)” (DÍEZ SOTO, C. M., “Usuarios de la técnicas” en LLEDO YAGÜE, F., OCHOA MARIETA, C. y MONJE BALMASEDA, O., Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida, DYKINSON S.L., Madrid 2007, p. 107). En el mismo sentido señala Jaime Vidal Martínez que “la normativa en la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, en relación con el anonimato del donante, contraviene a la Constitución colaborando a que los nacidos mediante estas técnicas sean considerados como objetos y no como personas, negándoles derechos básicos como el derecho a la no discriminación y el derecho a conocer su origen, encuadrable a nuestro juicio en el artículo 10.1 de la C.E., cuyos principios en el ámbito de la protección de la familia y de la dimensión familiar de la persona humana son igualmente vulnerados por esta figura legal” (VIDAL MARTÍNEZ, J., “La regulación de la reproducción humana asistida en el derecho español” en VIDAL MARTÍNEZ, J. (Coord.), BENÍTEZ ORTUZAR, J y VEGA GUTIERREZ, A. M., Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida, Comares, Granada 1998, p.103).

filiación. También se ha aducido como argumento la privación al hijo de la figura paterna. En cualquier caso no puede exigirse de los padres la revelación al hijo de su concepción a través de la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida como requisito previo para una posible revelación de la identidad de los progenitores.

Debe observarse que el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, tiene la misma redacción que el artículo 10 de la Ley 35/1988, de 25 de noviembre, de modo que la regulación de la gestación por sustitución no experimentó en nuestro país ningún cambio con ocasión de la aprobación de la actual Ley, a pesar de contar con el favor de la Sociedad Española de Fertilidad, partidaria de que la legislación española permita la gestación por sustitución por razones médicas a aquellas mujeres que no pueden gestar su hijo. Desde su punto de vista, tal regulación pondría fin al problema del “turismo reproductivo” es decir, el traslado de parejas españolas a otros países en que la práctica de la gestación por sustitución es legal, práctica que conlleva diversos problemas, resultando imposible un absoluto control en la calidad y seguridad de los servicios ofrecidos, pudiendo incluso presentar riesgos para las madres y los niños.

Pero no sólo por razones médicas y para determinadas indicaciones clínicas se ha defendido la legalización de la gestación por sustitución en España. Sus defensores aluden también a la aplicación del principio de igualdad, en tanto que en la situación actual, únicamente las personas pudientes pueden desplazarse al extranjero con el objeto de formalizar un contrato de gestación por sustitución.

Sin perjuicio de lo anterior, el rechazo a la gestación por sustitución acabó por imponerse en los debates previos a la aprobación de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, y no tanto por los problemas éticos que planteaba sino por los problemas legales que se pudiesen plantear como pudieran ser reclamaciones de las madres subrogadas, posibles renunciaciones a los hijos encargados, etc.

5.2.- Naturaleza Jurídica del contrato de gestación por sustitución

Tal y como se señalaba en el epígrafe anterior, la Ley 14/2006, de 26 de mayo, configura el acuerdo entre la mujer sustituta y la pareja comitente, u hombre o mujer solos, como un “contrato”. Tal y como señala Carmen L. García Pérez “cabría preguntarse si la calificación hecha por el legislador obedece a razones de simple

mimetismo o porque entiende que, probablemente partiendo de otros presupuestos podría constituir un convenio, pero que conforme a los principios recogidos por nuestro Derecho carece de validez”²³. Para Jaime Vidal Martínez “el calificativo de contrato para ajustarse al propósito empírico de las partes que pretender incorporar bienes de la personalidad y servicios personalísimos a una relación patrimonial susceptible de producir efectos jurídicos, se configure como derivada de un contrato oneroso o gratuito, existiendo una evidente concatenación entre las diversas prestaciones, lo cual conduce a una cosificación de la persona, incompatible con normas legales y principios básicos del ordenamiento jurídico español”²⁴

Por lo que respecta a la naturaleza del contrato se ha discutido si la gestación por sustitución constituye un contrato de arrendamiento de servicios a través del cual se trata de prestar un servicio, en este caso concreto la procreación del hijo, un contrato de arrendamiento de obra a través del cual se trata de entregar un resultado, en este caso concreto el hijo, o un contrato de venta de cosa futura, o si por el contrario, en contra de las citadas opciones, constituye un contrato atípico, el cual, por contraposición al contrato típico que posee regulación legal, carece de ella.

En cualquier caso, sea cual sea el tipo de contrato que constituya la gestación por sustitución es nulo de pleno derecho, por lo que carece de validez, no produciendo efecto jurídico alguno.

En este sentido, y pese a que el artículo 10 fundamenta la nulidad del contrato de gestación por sustitución en la renuncia a la filiación materna, cabe deducir que la nulidad del contrato puede derivar de la ilicitud de su objeto, bien por hallarse fuera del comercio de los hombres²⁵, bien por su contravención de las leyes o las buenas costumbres (artículo 1271 c.c.), o de la ilicitud de su causa, por oposición a las leyes y a

²³ Véase GARCIA PEREZ, C. L., “Gestación por sustitución””, ob. cit. P. 369.

²⁴ Véase VIDAL MARTÍNEZ, J., “La regulación de la reproducción humana asistida...”, ob. cit. Pp. 119-120

²⁵ Este principio existe desde el Derecho Romano, donde se consideraba al cuerpo humano como *res extra commercium*. En este sentido, señala el artículo 21 del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997, que “el cuerpo humano y sus partes, como tales, no deberán ser objeto de lucro”.

la moral (1275 c.c.). Asimismo, la gestación por sustitución contraviene el respeto a la dignidad y al valor de la persona humana de lo que deriva su indisponibilidad.

En virtud de lo anterior puede afirmarse que, de ser así, aunque no existiera norma prohibitiva en nuestro ordenamiento, el contrato sería nulo por ilicitud de su causa y por razón de su objeto, por lo que no se derivaría obligación alguna de la mujer gestante de entrega del nacido tras el parto.

Consecuentemente, según se entienda que la gestación por sustitución constituye delito o falta tipificado en el Código Penal o no, resultaría de aplicación el artículo 1305 o el 1306 del Código Civil como excepción al artículo 1303, conforme al cual, declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses. De este modo señala el artículo 1305 que “cuando la nulidad provenga de ser ilícita la causa u objeto del contrato, si el hecho constituye un delito o falta común a ambos contratantes, carecerán de toda acción entre sí, y se procederá contra ellos, dándose, además, a las cosas o precio que hubiesen sido materia del contrato, la aplicación prevenida en el Código Penal respecto a los efectos o instrumentos del delito o falta”. Por su parte señala el artículo 1306 que “si el hecho en que consiste la causa torpe no constituyere delito ni falta, se observarán las reglas siguientes: cuando la culpa esté de parte de ambos contratantes, ninguno de ellos podrá repetir lo que hubiera dado a virtud del contrato, ni reclamar el cumplimiento de lo que el otro hubiese ofrecido (...)”

5.3.- Responsabilidad derivada de la gestación por sustitución

Cabe preguntarse qué otras respuestas jurídicas, además de la nulidad del contrato, prevé nuestro ordenamiento jurídico en el supuesto de que se celebre un contrato de gestación por sustitución.

Partiendo del hecho de que la Ley 14/2006, de 26 de mayo, no tipifica expresamente como falta la práctica de la gestación por sustitución, podría barajarse la posibilidad de encuadrar la gestación por sustitución, de entre las faltas tipificadas en la Ley, como falta muy grave prevista en el artículo 26.2.c.2ª (la práctica de cualquier técnica no incluida en el anexo ni autorizada como técnica experimental en los términos previstos en el artículo 2), en cuyo caso la Ley prevé una sanción de multa desde 10.001 euros

hasta un millón de euros, pudiéndose además acordar la clausura o cierre de los centros o servicios en los que se practiquen las técnicas de reproducción humana asistida.

Sin perjuicio de lo anterior, y teniendo en cuenta que la gestación por sustitución no es propiamente una técnica de reproducción humana asistida, sino una práctica que se apoya en la mismas, solo podría calificarse como falta leve en tanto que incumplimiento de cualquier obligación o transgresión de cualquier prohibición establecida en la Ley que no se encuentra expresamente tipificada como infracción grave o muy grave (artículo 26.2.a) siendo sancionada con una multa de hasta 1000 euros.

De las diferentes infracciones será responsable su autor. No obstante, cuando el cumplimiento de las obligaciones corresponda a varias personas conjuntamente, responderán de forma solidaria de las infracciones que se comentan y de las sanciones que se impongan.

Por su parte, y en lo que respecta a una posible responsabilidad penal, los artículos 220 a 222 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal regulan los delitos de suposición de parto y de la alteración de la paternidad, estado o condición del menor. En este sentido el artículo 220.2 castiga con la pena de prisión de seis meses a dos años al que ocultare o entregare a terceros un hijo para alterar o modificar su filiación, señalando además en el apartado 4 que los ascendientes, por naturaleza o por adopción, que cometieran los hechos descritos en los tres apartados anteriores, podrán ser castigados además con la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad que tuvieren sobre el hijo o descendiente supuesto, ocultado, entregado o sustituido, y, en su caso, sobre el resto de hijos o descendientes por tiempo de cuatro a diez años.

No resulta de aplicación el precitado precepto al caso concreto de la gestación por sustitución porque, tal y como señala el Tribunal Supremo en Sentencia de 24 de junio de 1992, “según la doctrina, la ocultación y la exposición –actualmente entrega a terceros- son conductas que, en esencia, constituyen el medio utilizado para desvincular al hijo de su propia familia natural -de sus padres, en concreto-, haciéndole desaparecer del entorno social en que dicha relación familiar debiera mostrarse, o abandonándole.

En todo caso, estas conductas persiguen un objetivo: hacer perder al niño su estado civil”.

Por otro lado, el artículo 221 castiga con las penas de prisión de uno a cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a diez años a los que, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concorra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación.

No cabe asimismo la aplicación de este precepto al supuesto concreto de la gestación por sustitución porque, por un lado, sólo haría referencia a la gestación por sustitución onerosa, al exigir que medie compensación económica, y ello pese a que el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, no distingue, y porque, por otro lado, en virtud de lo dispuesto en el apartado 2 del citado artículo se castiga con la misma pena a la persona que lo reciba y el intermediario aunque la entrega del menor se hubiese efectuado en país extranjero. Esto último resulta contrario a la reciente Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la Dirección General de Registros y Notariado que, con la finalidad de dotar de plena protección jurídica el interés superior del menor, permite la inscripción en el Registro Civil español del nacimiento de un menor nacido en el extranjero como consecuencia de técnicas de gestación por sustitución siempre que junto a la solicitud de inscripción se presente la resolución judicial dictada por el Tribunal competente del país extranjero en la que se determine la filiación del nacido.

Finalmente, el artículo 222 prevé, no sólo la imposición de las penas anteriormente descritas, sino además la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, de dos a seis años para el educador, facultativo, autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de su profesión o cargo, realice las conductas descritas en los dos artículos anteriores, entendiendo por facultativo los médicos, matronas, personal de enfermería y cualquier otra persona que realice una actividad sanitaria o socio-sanitaria. Cabe señalar que este artículo castiga la realización de la conducta, no la cooperación en la realización de tales conductas por terceros. Consecuentemente se castiga al autor de la conducta realizada, no al partícipe en la

misma. Si bien como indica Ignacio Francisco Benítez Ortuzar²⁶ “otra interpretación que en principio no parece correcta por cuanto a la redacción del precepto aunque pudiera ser esta la finalidad que perseguía el legislador, sería conceptuar por “realizarse”, cualquier forma de participación en el hecho, castigando a la pena que le correspondiere respecto a la participación que tuviere en el hecho de los artículos anteriores y además con la de inhabilitación especial para empleo o cargo público de dos a seis años”.

Concluye este mismo autor señalando que “el Código Penal español no tipifica en ningún caso la maternidad por sustitución, afirmando que esta situación “per se” surte exclusivamente efectos jurídicociviles. Lo que no es óbice para posibilitar que con el hijo así nacido pueda darse cualquiera de las figuras típicas analizadas. Ahora bien, ello no impide que algún caso concreto pueda tener relevancia penal como una forma anecdótica de llevar a cabo la conducta recogida en un tipo de los analizados”

6.- Especial referencia a la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la Dirección General de Registros y Notariado

6.1.- La Resolución de 18 de febrero de 2009.

El origen de la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la Dirección General de Registros y Notariado se halla en la solicitud efectuada en el año 2008 por dos varones españoles casados en España en el año 2005 que solicitaron la inscripción en el Registro Civil del nacimiento de sus hijos gemelos, nacidos en California en octubre de 2008 mediante gestación por sustitución. El encargado del Registro Civil Consular de Los Ángeles denegó la solicitud en aplicación del artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo. Interpuesto recurso por los interesados ante la Dirección General de los Registros y el Notariado, el mismo fue estimado a través de Resolución de 18 de febrero de 2009, ordenándose la inscripción en el Registro Civil Consular del nacimiento de los menores.

La Dirección General de los Registros y el Notariado fundamenta su posición en la aplicación del artículo 81 del Reglamento de Registro Civil, aprobado por Decreto de 14 de noviembre de 1958, en cuya virtud el documento auténtico, sea original o

²⁶ BENÍTEZ ORTUZAR, I.F., “Delitos relativos a la reproducción asistida” en VIDAL MARTÍNEZ, J. (Coord.), BENÍTEZ ORTUZAR, J y VEGA GUTIERREZ, A.M., *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida*, Comares, Granada 1998, pp. 191-193.

testimonio, sea judicial, administrativa o notarial, es título para inscribir el hecho de que da fe. También lo es el documento auténtico extranjero, con fuerza en España con arreglo a las leyes o a los Tratados internacionales²⁷.

Según Alfonso Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González²⁸ “la DGRN ofrece, en esta resolución, una solución legal de tecnología punta, que muestra la alta calidad de la ciencia jurídica internacional-privatista que hoy día se practica en España. Una solución que sintoniza con las tendencias que, en esta materia, comienza a mostrar el Derecho Comparado”.

La Dirección General de los Registros y el Notariado defiende el ajuste al orden público internacional de la certificación registral californiana en base a diversos argumentos:

- a) La inscripción en el Registro Civil español del nacimiento y de la filiación de los nacidos en California en favor de dos sujetos varones no vulnera el orden público internacional español en tanto que el Derecho español admite la filiación en favor de dos varones en casos de adopción, no pudiendo distinguir, en aplicación del artículo 14 de la CE, entre hijos adoptados e hijos naturales, ya que ambos son iguales ante la Ley.
- b) El Derecho español, concretamente el artículo 7.3 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, permite que la filiación de un hijo conste en el Registro Civil a favor de dos mujeres, de modo que no permitir que la filiación de los nacidos conste en favor de dos varones resultaría discriminatorio por razón de sexo, lo que supone una vulneración del artículo 14 de la CE.

²⁷ Señala la Dirección General de los Registros y el Notariado en Resolución de 18 de febrero de 2009 que “con arreglo al artículo 81 del Reglamento del Registro Civil, el legislador español no exige que la solución dada a la cuestión jurídica que consta en la certificación registral extranjera sea igual o idéntica a la solución que ofrecen las normas jurídicas españolas. (...) Es indudable que los contratos de gestación por sustitución están expresamente prohibidos por las Leyes españolas (vid. artículo 10.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida). Es indudable también que «la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto» (artículo 10.2 de la Ley 14/2006). Ahora bien, dicho precepto no es aplicable al presente caso, ya que no se trata de determinar la filiación de los nacidos en California, pues no procede determinar el «Derecho aplicable» a la filiación y tampoco procede determinar la filiación de tales sujetos. Se trata, por el contrario, de precisar si una filiación ya determinada en virtud de certificación registral extranjera puede acceder al Registro Civil español (...)”

²⁸ Véase, CALVO CARAVACA, A. L. y 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. 294-319.

c) El interés superior del menor aconseja proceder a la inscripción en el Registro civil español de la filiación que figura en el Registro extranjero, pues de lo contrario los hijos quedarían privados de una filiación inscrita en el Registro Civil.

d) El precitado interés superior del menor se traduce en el derecho de dicho menor a una “identidad única”, lo que se traduce a su vez en el derecho de tales menores a disponer de una filiación única válida en varios países, y no de una filiación en un país y de otra filiación distinta en otro país, de modo que sus padres sean distintos cada vez que cruzan una frontera.

La Dirección General de los Registros y el Notariado incorpora de este modo la doctrina del TJCE conforme a la cual el derecho de los menores a una identidad única no depende de su condición de ciudadano comunitario, sino que tal derecho pertenece a todos los menores en tanto que se deriva del artículo 3 de la Convención de las Naciones Unidas de 20 de noviembre 1989 sobre los derechos del niño conforme al cual:

“1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada”

e) Recuerda la Dirección General de los Registros y el Notariado que en el Derecho español la filiación natural no se determina necesariamente por el hecho de la

“vinculación genética” entre los sujetos implicados, como se deduce del precitado artículo 7.3 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, precepto que permite que la filiación natural de un hijo conste en el Registro Civil a favor de dos mujeres.

f) Se afirma que los interesados no han llevado a cabo un fraude de Ley, no habiendo utilizado una “norma de conflicto” ni cualquier otra norma con el fin de eludir una Ley imperativa española. En este sentido, señalan Alfonso Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González²⁹ que en el fraude de Ley internacional, los particulares crean una “vinculación aparente”, un “montaje artificial” para eludir la norma, pero no viajan a otro país para litigar allí y obtener una resolución extranjera que luego intentan “introducir en España”.

g) Finalmente afirma la Dirección General de los Registros y el Notariado que, pese a que los contratos de gestación por sustitución están expresamente prohibidos por las Leyes españolas y la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto, ello no es aplicable al presente caso, en tanto 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 puede acceder al Registro Civil español. Consecuentemente, la Dirección General de los Registros y el Notariado ordena la transcripción, pero deja claro que su decisión no prejuzga cuestiones de fondo; ni la relativa a la filiación, ni la relativa a la validez del contrato, ni la relativa al eventual exequátur o al efecto de cosa juzgada de la decisión extranjera. Consecuentemente, hallándonos en presencia de una “decisión extranjera” adoptada con la forma de certificación registral extranjera, el acceso de la misma al Registro Civil español se configura, no como una cuestión de derecho aplicable, sino como una cuestión de validez extraterritorial de decisiones extranjeras en España³⁰. En este sentido señalan Alfonso Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González que para decidir el acceso al Registro Civil Español de la decisión registral extranjera, las autoridades registrales españolas no deben de aplicar la Ley sustantiva designada por

²⁹ CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Gestación por sustitución y derecho internacional privado...”, ob. cit. p. 316

³⁰ Véase SELMA PENALVA, A., “Vientres de alquiler y prestación de maternidad”, *Revista doctrinal Aranzadi Social*, nº 9, 2013, pp. 223-244.

las normas de conflicto españolas, esto es, la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sino las normas específicas que el Derecho internacional privado español disciplinan el acceso de las certificaciones registrales extranjera al Registro Civil Español, concretamente el artículo 81 del Reglamento de Registro Civil, concluyendo que “empeñarse en la aplicación de la norma de conflicto frente a decisiones extranjeras sólo aumenta la carencia regulativa de la norma de conflicto cuando la situación jurídica ha sido ya resuelta por una autoridad extranjera”³¹.

6.2.- La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Valencia de 15 de septiembre de 2010, confirmada por Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011

La Resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado fue objeto de impugnación por el Ministerio Fiscal estimándose la demanda por Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Valencia de 15 de septiembre de 2010, dejándose sin efecto la inscripción de nacimiento realizada. La citada sentencia señala que el planteamiento realizado por la Dirección General de los Registros y el Notariado obvia que el Reglamento del Registro Civil, en cuyo artículo 81 fundamenta jurídicamente su argumentación, desarrolla y completa un texto de mayor valor normativo como es la Ley de 8 de junio de 1957³² sobre el Registro Civil cuyo artículo 23 prevé la posibilidad de practicar inscripciones por certificación de asientos extendidos en Registros

³¹ CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Gestación por sustitución y derecho internacional privado...”, ob. cit. p. 300

³² La Ley de 8 de junio de 1957 del Registro Civil será derogada, salvo en lo dispuesto en las disposiciones transitorias tercera, cuarta y quinta, con la entrada en vigor tres años después de su publicación en el Boletín Oficial del Estado (excepto las disposiciones adicionales séptima y octava y las disposiciones finales tercera y sexta que entraron en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado) de la Ley Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (BOE núm. 175 de 22 de julio de 2011) cuyo Título X regula las normas de derecho internacional privado, y concretamente en su artículo 96, la inscripción en el Registro Civil Español de resoluciones judiciales extranjeras señalando en su apartado 2 que la inscripción de las resoluciones judiciales extranjeras se podrá instar, bien previa superación del trámite del exequátur contemplado en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, bien ante el Encargado del Registro Civil, quien procederá a realizarla siempre que verifique la regularidad y autenticidad formal de los documentos presentados, que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española, que todas las partes fueron debidamente notificadas y con tiempo suficiente para preparar el procedimiento y que la inscripción de la resolución no resulta manifiestamente incompatible con el orden público español.

extranjeros siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española.

La Sentencia cuestiona los argumentos esgrimidos por la Dirección General de los Registros y el Notariado en su Resolución de 18 de febrero de 2009 con los siguientes argumentos:

- a) En relación con el argumento de que la filiación de los nacidos en California en favor de dos sujetos varones no vulnera el orden público internacional español en tanto que el Derecho español admite la filiación en favor de dos varones en casos de adopción, señala el Juzgado que la propia lectura del argumento provoca su desestimación en tanto que los hijos naturales no pueden tener dos padres varones naturales por la sencilla razón de que los varones no pueden, en el estado actual de la ciencia, concebir ni engendrar.
- b) En relación con el argumento relativo a que el artículo 7.3 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, permite que la filiación de un hijo conste en el Registro Civil a favor de dos mujeres, de modo que no permitir que la filiación de los nacidos conste en favor de dos varones resultaría discriminatorio por razón de sexo, señala el Juzgado que la no procedencia de la inscripción radica en que los bebés nacidos lo son como consecuencia de un contrato de gestación por sustitución no en el sexo de los solicitantes.
- c) En relación con el interés superior del menor y su derecho a una “identidad única”, señala el Juzgado que si bien es cierto, el fin no justifica los medios, debiendo buscarse el mismo resultado a través de vías amparadas por el Derecho español.
- d) Finalmente, si bien no se entra a valorar sobre el carácter fraudulento de los interesados, se afirma su conocimiento de la prohibición en España de llevar a cabo un contrato de gestión por sustitución.

Recurrida en apelación, la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Valencia de 15 de septiembre de 2010 es confirmada por Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 10ª) de 23 de noviembre de 2011, frente a la cual ha sido admitido recurso de casación (auto del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2012)

Como señala Alejandra Selma Penalva³³ “el principal problema práctico al que deben enfrentarse los poderes públicos españoles a la hora de admitir o rechazar el reconocimiento de efectos jurídicos en España a esta fórmula sui generis de maternidad, radica en decidir si una certificación registral extranjera que documenta una filiación que es consecuencia de la gestación por sustitución, puede acceder al Registro Civil español pese a la prohibición de la Ley española. Al respecto necesariamente debe tenerse en cuenta la redacción literal del artículo 23 de la Ley del Registro Civil, que dice “las inscripciones se practican en virtud de documento auténtico o, en los casos señalados en la Ley por declaración en la forma que ella prescribe. También podrán practicarse, sin necesidad de previo expediente, por certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros, siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española”. En concreto, desarrollando esta afirmación, el artículo 85 del Reglamento del Registro Civil especifica que para practicar inscripciones sin expediente en virtud de certificación de Registro extranjero se requiere que éste sea regular y auténtico, de modo que el asiento de que se certifica, en cuanto a los hechos de que da fe, tenga garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la Ley española.

6.3.- La Instrucción de 5 de octubre de 2010.

Con la finalidad de dotar de plena protección jurídica el interés superior del menor, por la Dirección General de Registros y Notariado se dictó la Instrucción de 5 de octubre de 2010 que permite la inscripción en el Registro Civil español del nacimiento de un menor nacido en el extranjero como consecuencia de técnicas de gestación por sustitución siempre que junto a la solicitud de inscripción se presente la resolución judicial dictada por el Tribunal competente del país extranjero en la que se determine la filiación del nacido³⁴.

³³ SELMA PENALVA, A.,³³ “Vientres de alquiler y...” ob. cit. pp. 223-244.

³⁴ Alfonso Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González defienden que la exigencia de “resolución judicial” en la que se determine la filiación del nacido a través de estas técnicas, derivada del artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, es contraria a la Ley por diversos motivos. En primer lugar porque el artículo 10 de la Ley 14/2006 no resulta de aplicación. En este sentido señalan que “el artículo 10 Ley 14/2006 (...) sólo debe aplicarse si se trata de fijar por vez primera en España la filiación de estos nacidos. Y no es aplicable si de lo que se trata es de determinar si una filiación «ya determinada» en virtud de una decisión pública extranjera puede producir efectos jurídicos en España. En tal supuesto,

La exigencia de resolución judicial en el país de origen persigue controlar el cumplimiento de los requisitos de perfección y contenido del contrato respecto del marco legal del país donde se ha formalizado, así como proteger los intereses del menor y de la madre gestante, permitiendo constatar 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 alcance del mismo, ni haber sido sometida a engaño, violencia o coacción o la eventual previsión y/o posterior respeto a la facultad de revocación del consentimiento. Igualmente, permite verificar que no existe simulación en el contrato de gestación por sustitución que encubra el tráfico internacional de menores. Consecuentemente, no cabe admitir como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación del nacido, una certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante, en aras a proteger el derecho del menor a conocer su origen biológico³⁵.

debe insistirse en que el artículo 10 Ley 14/2006 resulta inaplicable. Nótese que el mismo párrafo segundo del artículo 10 Ley 14/2006 precisa que «La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto» (cursiva añadida). El precepto arranca de una situación jurídica muy concreta: la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución no ha sido todavía «determinada». Precisamente por ello, es preciso «determinar» dicha filiación, que es lo que, efectivamente, hace el párrafo 2 del artículo 10 Ley 14/2006 (...). En segundo lugar, señalan que la Instrucción vulnera lo previsto en los artículos 81 y 85 del Reglamento de Registro Civil que permiten la inscripción en el Registro Civil español de un nacimiento acaecido en país extranjero mediante la presentación de acta registral extranjera. Asimismo señalan que “esta exigencia (...) persigue eximir de sus responsabilidades legales a los encargados del Registro. Éstos quedan exonerados de tener que calificar e inscribir actas registrales extranjeras de nacimiento en estos casos de gestación por sustitución. Sólo inscribirán tales nacimientos si, previamente, los jueces españoles han otorgado un «reconocimiento» a la resolución judicial extranjera. Sin embargo, esta «judicialización artificial» de los hechos con relieve registral resulta contraria, precisamente, a la función primordial del Registro Civil: proporcionar certeza legal y seguridad jurídica en torno al estado civil de las personas sin tener que acudir a la jurisdicción ordinaria cada vez que haya que probar un hecho relativo al estado civil de aquéllas”. A ello añaden que “la exigencia de resolución judicial extranjera podría incluso resultar discriminatoria por razón de filiación. En efecto, pueden ser inscritas directamente las actas registrales extranjeras de nacimiento si se refieren a sujetos nacidos en el extranjero sin haber recurrido a estas técnicas de gestación por sustitución, pero no en estos casos, lo que perjudica a estos menores y los «discrimina» o hace de peor condición jurídica”. Señalan finalmente que “esta exigencia resulta de imposible aplicación cuando en el Estado extranjero en cuestión no existen procedimientos judiciales para acreditar la filiación de los menores nacidos mediante gestación por sustitución”. En relación con lo anterior véase CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010 sobre Régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2011), vol. 3, nº 1, pp. 247-262.

³⁵ De conformidad con lo previsto en el artículo 7.1 de la Convención de las Naciones Unidas de 20 de noviembre 1989 sobre los derechos del niño “el niño será inscrito inmediatamente después de su

Con carácter general, la resolución judicial extranjera deberá ser objeto de exequátur³⁶ según el procedimiento contemplado en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, salvo que tuviera su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, en cuyo caso el encargado del Registro Civil controlará incidentalmente, como requisito previo a su inscripción, si tal resolución judicial puede ser reconocida en España.

En relación con la exigencia de exequátur, Alfonso Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González³⁷ critican la utilización por la Instrucción de la figura de “exequátur” en lugar del “reconocimiento”. En este sentido señalan que “aunque la DGRN lo ignore, es sabido que el exequátur sólo se requiere en el caso de que la resolución extranjera contenga «pronunciamientos de ejecución» que exijan, en efecto, «actos materiales de ejecución». En los supuestos de acciones declarativas, el exequátur

nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”. En un mismo sentido, el artículo 12 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional recoge el derecho de las personas adoptadas, alcanzada la mayoría de edad o durante su minoría de edad representadas por sus padres, a conocer los datos que sobre sus orígenes obren en poder de las Entidades Públicas españolas, sin perjuicio de las limitaciones que pudieran derivarse de la legislación de los países de que provengan los menores.

³⁶ De conformidad con lo previsto en el artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 “si no estuviere en ninguno de los casos de que hablan los tres artículos que anteceden (*) , las ejecutorias tendrán fuerza en España si reúnen las circunstancias siguientes:

- 1.ª Que la ejecutoria haya sido dictada a consecuencia del ejercicio de una acción personal.
- 2.ª Que no haya sido dictada en rebeldía.
- 3.ª Que la obligación para cuyo cumplimiento se haya procedido sea lícita en España (*).
- 4.ª Que la carta ejecutoria reúna los requisitos necesarios en la nación en que se haya dictado para ser considerada como auténtica, y los que las leyes españolas requieren para que haga fe en España”

(*) Las sentencias firmes pronunciadas en países extranjeros tendrán en España la fuerza que establezcan los Tratados respectivos (artículo 951). Si no hubiere Tratados especiales con la nación en que se hayan pronunciado, tendrán la misma fuerza que en ella se diere a las ejecutorias dictadas en España (artículo 952). Si la ejecutoria procediere de una nación en que por jurisprudencia no se dé cumplimiento a las dictadas por los Tribunales españoles, no tendrá fuerza en España (artículo 953).

(*) La Audiencia Provincial de Madrid (sección 24ª), a través de auto nº 1341/2012, de 13 de diciembre, ha desestimado recurso de apelación promovido frente al auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Madrid de 29 de diciembre de 2011, confirmando la citada resolución al entender que no concurre el requisito establecido en el artículo 954 de la LEC 1881.

³⁷ CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Notas críticas en torno a...”, ob. cit. p. 253.

es innecesario. Lo que los interesados persiguen es que la resolución extranjera despliegue en España su «efecto constitutivo» y, en su caso, de «cosa juzgada». Para ello, es preciso, exclusivamente, un «reconocimiento», que puede solicitarse, efectivamente, ante el juez de primera instancia competente, o ante el mismo encargado del Registro civil. El artículo 85.5 LOPJ, cuya redacción actual es obra de la Ley 19/2003 de 23 de diciembre, y también la letra del actual artículo 955 LEC 1881, cuya redacción obedece a la Ley 62/2003 de 20 de diciembre 2003, incorporan una importante distinción. Ambos preceptos hacen referencia, por separado, a las solicitudes de «reconocimiento» por un lado, y de «ejecución», por otro lado, de sentencias y demás resoluciones judiciales y arbitrales extranjeras. Por tanto, hoy día es perfectamente posible solicitar bien el «reconocimiento», o bien el exequátur de una resolución judicial extranjera, por separado. De ahí que resulte inadmisibile esa confusión”

En cualquier caso, el control incidental que haya de llevar a cabo el encargado del Registro Civil para el caso de que la resolución judicial extranjera tuviera su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, deberá constatar:

- a) La regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualesquiera otros documentos que se hubieran presentado.
- b) Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española. Esta exigencia concreta ha sido criticada por Alfonso Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González³⁸, los cuales señalan que “cuando el litigio se suscita ante tribunales extranjeros, éstos aplicarán «sus» normas de competencia judicial internacional para decidir sobre la cuestión y nunca las normas españolas. Por consiguiente, exigir, como hace la DGRN en su Instrucción de 5 octubre 2010, que los tribunales extranjeros se hayan declarado competentes mediante la aplicación de foros «equivalentes» a los recogidos en la legislación española, no tiene el más mínimo sentido”.

³⁸ CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Notas críticas en torno a...”, ob. cit. p. 255.

c) Que se hubiesen garantizado los derechos procesales de las partes, en particular, de la madre gestante.

d) Que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante. En especial, deberá verificar que el consentimiento de esta última se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia y que tiene capacidad natural suficiente.

e) Que la resolución judicial es firme y que los consentimientos prestados son irrevocables, o bien, si estuvieran sujetos a un plazo de revocabilidad conforme a la legislación extranjera aplicable, que éste hubiera transcurrido, sin que quien tenga reconocida facultad de revocación, la hubiera ejercitado.

A juicio de Alfonso Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González³⁹ la lista de extremos, que según la DGRN, debe controlar el encargado del Registro Civil español, de modo incidental, cuando se le presenta una resolución judicial extranjera dictada como consecuencia de un proceso de jurisdicción voluntaria o similar, es incompleta en tanto que no se ha incluido el “orden público internacional”, aspecto éste que sin embargo si se tuvo en cuenta en la Resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado de 18 de febrero de 2009.

En definitiva, atendiendo a la finalidad de dotar de plena protección jurídica el interés superior del menor, así como de otros intereses presentes en los supuestos de gestación por sustitución, el objetivo esencial de la presente Instrucción comporta, al menos, abordar tres aspectos igualmente importantes: en primer lugar, los instrumentos necesarios para que la filiación tenga acceso al Registro Civil español cuando uno de los progenitores sea de nacionalidad española, como vía de reconocimiento a efectos registrales de su nacimiento; en segundo lugar, la inscripción registral en ningún caso puede permitir que con la misma se dote de apariencia de legalidad supuestos de tráfico internacional de menores y; en tercer lugar, la exigencia de que no se haya vulnerado el derecho del menor a conocer su origen biológico, según se expresa en el artículo 7, número 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989,

³⁹ CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Notas críticas en torno a...”, ob. cit. p. 253.

artículo 12 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, así como en Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1999.

Cabe finalmente plantearse hasta qué punto la citada Instrucción⁴⁰ deja inefectiva la prohibición contenida en el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, eso sí, exclusivamente en relación con aquellas personas que pueden hacer frente a los gastos.

Lo que está claro es que la misma incentiva el fenómeno del turismo reproductivo, en tanto que superado el problema de la inscripción en el Registro Civil español del nacimiento de menores nacidos en el extranjero como consecuencia de técnicas de

⁴⁰ A partir del contenido de la Instrucción de la Dirección General de Registros y Notariado de 5 de octubre de 2010 Antonio Vela Sánchez extrae las premisas necesarias para elaborar una propuesta de regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España. De este modo define el convenio de gestación por sustitución como “el negocio jurídico especial de Derecho de Familia, oneroso o gratuito, formalizado en documento público notarial, por el que una mujer, con plena capacidad de obrar, consiente libremente en llevar a cabo la concepción —mediante técnicas de reproducción asistida— y gestación, aportando o no su óvulo, con el compromiso irrevocable de entregar el nacido —cuyo origen biológico debe constar claramente— a los otros intervinientes, que pueden ser sujetos individuales o una pareja, matrimonial o de hecho, plenamente capaces y de los cuales al menos uno sea aportante de material genético”. A partir del citado concepto configura el autor el contenido del convenio de gestación por sustitución atendiendo a las siguientes ideas: a) Se califica el convenio como «negocio jurídico especial de Derecho de Familia» al objeto de destacar su singularidad en nuestro ordenamiento jurídico, su carácter de interés público, evitando su consideración como genérico contrato civil y la aplicación del régimen general de nulidad de éste; b) El convenio de gestación por sustitución se formalizará en documento público notarial, realizado con anterioridad al embarazo de la mujer gestante generado mediante inseminación artificial. El autor se refiere únicamente a la inseminación artificial como técnica de reproducción humana asistida a utilizar. Consecuentemente, el modelo de gestación por sustitución propuesto es el de Subrogación tradicional (o parcial), en la cual la madre de alquiler es inseminada artificialmente con el esperma de la persona que contrata o de una de las personas que conforman la pareja que contrata o bien con el esperma de un donante, resultando en todo caso que la madre de alquiler, en tanto que aporta su material genético, es además la madre biológica; c) El Notario interviniente deberá verificar especialmente que el consentimiento de la mujer gestante se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo, violencia o intimidación; d) Los consentimientos prestados en el convenio de gestación por sustitución serán irrevocables con independencia de su carácter oneroso o gratuito; e) En relación con los padres o madres intervinientes prevé la posibilidad de que se trate tanto de persona soltera como de pareja matrimonial o de hecho estable, tanto heterosexual como homosexual, siempre que tenga más de 25 años, bastando en el caso de pareja matrimonial o de hecho estable, que al menos uno de sus miembros haya alcanzado dicha edad. Respecto de la mujer o mujeres interesadas, deberá acreditarse fehacientemente la imposibilidad biológica del embarazo o de llevarlo a cabo sin peligro grave para su salud o la del niño; f) En relación con la mujer gestante, deberá tener más de 25 años, buen y justificado estado de salud psicofísica y plena capacidad de obrar, deberá tener al menos un hijo sano, sólo podrá realizar el convenio de gestación por sustitución en dos ocasiones, podrá ser persona extraña a los contratantes o pariente colateral o por afinidad, 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 imputables a ella; g) Finalmente, el convenio de gestación por sustitución posibilitará que el hijo nacido pueda conocer su origen biológico. En relación con lo anterior, véase VELA SÁNCHEZ, A., “Propuesta de regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España. El recurso a las madres de alquiler (1): a propósito de la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010”, *Diario La Ley*, nº 7621, de 3 de mayo de 2011.

gestación por sustitución, se ha incrementado el número de personas que viajan a países extranjeros donde la gestación por sustitución es legal con el objeto de acceder a esta práctica⁴¹.

7.- El “Informe preliminar sobre los problemas derivados de convenciones alternativas de maternidad de carácter internacional” de la Conferencia de derecho internacional privado de la Haya.

La tendencia favorable a inscribir en el Registro Civil el nacimiento de menores nacidos en el extranjero como consecuencia de técnicas de gestación por sustitución implantada en nuestro país a través de la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la Dirección General de Registros y Notariado ha sido respaldada en marzo de 2012 por el “Informe preliminar sobre los problemas derivados de convenciones alternativas de maternidad de carácter internacional” de la Conferencia de derecho internacional privado de la Haya que analiza los problemas que plantean los contratos de maternidad subrogada de carácter internacional. Por primera vez se plantea la repercusión de la maternidad

⁴¹ Según noticia publicada en la Vanguardia.com con fecha 26 de julio de 2013, los profesionales recomiendan decantarse por países donde la práctica está totalmente legalizada y/o regulada y cumpla con los requisitos necesarios para poder registrar posteriormente a los menores en España. La mayoría coinciden en que solo en determinados estados de EE.UU se puede llevar a cabo con las máximas garantías. En el supuesto de decantarse por esta opción el proceso comportaría los siguientes pasos: a) Concertar una visita con un asesor o abogado para obtener información detallada de la legislación que regula esta práctica en cada estado; b) Contratar la agencia. También puede ser preciso viajar a Estados Unidos para establecer las condiciones del contrato y firmarlo, así como conocer la clínica de fertilidad donde se llevará a cabo el proceso. La agencia suele hacer una valoración psicológica, económica y de antecedentes penales de los clientes. Si considera que hay suficientes garantías para continuar adelante, se seleccionará a los donantes, en caso de que los padres no puedan aportar sus gametos, y a la figura más importante: la mujer gestante, que debe conocer a la otra parte implicada en el proceso y dar su consentimiento; c) Se crea una cuenta de fideicomiso, que abre la agencia o el abogado a su nombre o bien a nombre del cliente para ir depositando todos los fondos que irán destinados a pagar los medicamentos y los diferentes honorarios; d) En el caso de que los padres puedan aportar el material genético, tendrán que viajar a Estados Unidos para hacer la extracción; e) En el supuesto de California, en el quinto o sexto mes de embarazo se celebra el juicio al que están obligados a acudir tanto el cliente español –representado por su abogado– como la gestante. El juez ordena que cuando nazca el bebé se inscriba a nombre de los padres legales, tanto en el hospital como en el registro. En otros estados, se trata de una sentencia de adopción que se emite con posterioridad al nacimiento del bebé; f) Los padres tendrán que viajar antes del parto para acabar de tramitar los papeles y estar presentes durante el nacimiento del niño; g) El recién nacido se inscribe como ciudadano americano. Pero, además, se tiene que registrar en el consulado español. Una vez inscrito, podrá viajar a España y unas semanas más tarde el consulado enviará el libro de familia. Los padres ya podrán tramitar la cartilla de la seguridad social y empadronarlo; h) Si se denegara la inscripción del niño como español también podría viajar a España, aunque solo con pasaporte americano –como turista–. En este caso, los padres tendrían que regularizar la situación del bebé mediante adopción, exequátur -proceso para homologar una sentencia judicial procedente de otro país- o bien inscribirlo como residente americano y más tarde nacionalizarlo.

subrogada en los diferentes Estados Miembros de la Conferencia. A través del citado documento se propone la adopción de un instrumento internacional que permita el establecimiento de un marco de cooperación entre autoridades (similar al que ya establece el Convenio de la Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la protección del niño y la cooperación en materia de adopción internacional) que favorezca el reconocimiento de las filiaciones válidamente determinadas en un Estado que admita esta forma de gestación por sustitución en otro Estado cuyo ordenamiento prohíba esta práctica, tal y como sucede en nuestro país, mediante la asunción de la doctrina del orden público atenuado para las situaciones legalmente creadas en el extranjero. Esta medida no sólo evita la duplicidad de procesos en los distintos estados, sino que además favorece la seguridad jurídica internacional. A partir de este informe la Conferencia de la Haya coincide con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al seguir la línea de que el no reconocimiento de una decisión extranjera por un Estado parte en el Convenio Europeo de Derechos Humanos puede constituir una violación de ciertos derechos fundamentales establecidos en el propio Convenio, en concreto, el derecho al respeto a la vida privada y familiar. Tanto la Conferencia de la Haya como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos coinciden en la necesidad de reconocer la filiación, constituida válidamente entre Estados, respetando el interés superior del menor.

El documento señala que “el número de acuerdos internacionales de subrogación parece estar creciendo a un ritmo rápido, y si bien algunos Estados están tratando de resolver estos problemas, este fenómeno mundial de última instancia, puede exigir una solución global. No hay duda de que la situación actual está lejos de ser satisfactoria para los Estados y las partes implicadas y, sobre todo, para los niños nacidos como resultado de estos acuerdos. Existe una preocupación real de que la situación actual a menudo no garantiza adecuadamente el respeto a los derechos e intereses fundamentales de los niños. En el próximo año, si el Consejo apoya la continuación de los trabajos en este campo, la Oficina Permanente continuaría su trabajo de conformidad con el mandato de 2011, y más concretamente: 1) circular un cuestionario dirigido a los estados miembros con el fin de obtener más y más detallada información sobre la incidencia y la naturaleza de los problemas que se enfrentan en relación con los acuerdos internacionales de alquiler de vientres, así como en relación con la paternidad legal o

"filiación"; 2) realizar (más) consultas con los profesionales de la salud, juristas y otros profesionales (incluidas las agencias de alquiler de vientres) que participan en el campo; y 3) llevar a cabo más estudios de Derecho comparado sobre las normas de derecho internacional privado (...). Sin perjuicio de la opinión del Consejo, la Oficina Permanente esperaba producir un informe final sobre este asunto para el Consejo en abril de 2013, con recomendaciones en cuanto a los próximos pasos apropiados”

En virtud de lo anterior, la Oficina Permanente ha elaborado en abril de 2013 un “Cuestionario relativo a cuestiones de derecho internacional privado en torno al estatuto de los niños, incluyendo los acuerdos internacionales de maternidad subrogada”⁴². El cuestionario consta de 5 partes:

- La parte I contiene preguntas acerca del derecho interno relativo al establecimiento y la impugnación de la filiación jurídica en los Estados miembros y demás Estados interesados.
- La parte II se ocupa de las normas en materia de derecho internacional privado “DIP” y cooperación relativas a la inscripción del nacimiento y al establecimiento, el reconocimiento y la impugnación de la filiación jurídica.
- La parte III aborda los desafíos particulares relativos a los Acuerdos Internacionales de Maternidad Subrogada (AIMS). Esta parte a su vez se divide en dos secciones:
 - a) Sección A relativa a “casos entrantes de AIMS”, es decir, los casos en que el Estado destinatario del cuestionario era el Estado de residencia de los progenitores comitentes, y el Estado al que se pretendía llevar a vivir al/a los niño/s dado/s a luz por una madre gestante en el extranjero.
 - b) Sección B relativa a “casos salientes de AIMS”, es decir, los casos en que el Estado destinatario del cuestionario era el Estado en el que la madre gestante dio a luz y el cual el/los niño/s debía/n abandonar para viajar al Estado de residencia de los progenitores comitentes a fin de vivir con ellos en este Estado.

⁴²Disponible en: www.hcch.net/upload/wop/gap2013pd03_sp.doc

- La parte IV considera los instrumentos bilaterales o multilaterales actuales en la materia.
- La parte V solicita opiniones acerca del trabajo futuro que puede realizarse en la materia, fundamentalmente: las necesidades a abordar; el enfoque a adoptar en una posible regulación de futuro de cualquiera de las cuestiones planteadas en el cuestionario; el estatuto jurídico del niño; el establecimiento de salvaguardias (estándares mínimos) a fin de garantizar que cualquier procedimiento para el establecimiento, reconocimiento e impugnación de la filiación jurídica se realice con respeto a los derechos fundamentales y el bienestar de las partes involucradas, fundamentalmente de los niños; y el establecimiento de un sistema para la coordinación, comunicación y cooperación entre Estados en relación al establecimiento, reconocimiento e impugnación de la filiación jurídica

8.- Gestación por sustitución y prestación por maternidad.

Una vez inscrito en el Registro civil el nacimiento de un menor nacido en el extranjero como consecuencia de técnicas de gestación por sustitución, uno de los principales problemas que se plantea es el reconocimiento de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social que el nacimiento del hijo puede generar, y ello en tanto que la gestación por sustitución genera una situación de filiación no contemplada expresamente ni en el artículo 48 del Estatuto de los Trabajadores, ni en el artículo 133 bis del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social ni en el Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural. En este sentido señala Alejandra Selma Penalva que “hoy día los avances científicos relacionados con la reproducción humana han generado situaciones específicas en las que (como ocurre por ejemplo con la maternidad por subrogación) no estaba pensando el legislador civil al enumerar las formas de filiación actualmente existentes en nuestro ordenamiento jurídico, diluyendo los contornos de la procreación biológica. Pero las técnicas de fecundación artificial más avanzadas no sólo plantean problemas relativos al reconocimiento de la filiación, sino que inciden sobre muchos y variados derechos del sujeto, directa o indirectamente vinculados con el

reconocimiento de la filiación" ⁴³

Concretamente, el artículo 133 *bis*⁴⁴ del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, considera como situaciones protegidas, a los efectos de la prestación por maternidad: la maternidad, la adopción y el acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que lo regulen, siempre que, en este último caso, su duración no sea inferior a un año, y aunque dichos acogimientos sean provisionales, durante los períodos de descanso que por tales situaciones se disfruten⁴⁵. Por su parte, el artículo 133 *ter* de la citada norma determina que serán beneficiarios del subsidio por maternidad los trabajadores por cuenta ajena, cualquiera que sea su sexo, que disfruten de los descansos referidos en el artículo anterior, siempre que, reuniendo la condición general exigida en el artículo 124.1⁴⁶ y las demás que reglamentariamente se

⁴³ Véase SELMA PENALVA, A., “Vientres de alquiler...”, ob. cit. pp. 223-244.

⁴⁴En el mismo sentido, el artículo 2.1 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural contempla, a efectos de la prestación por maternidad, como situaciones protegidas la maternidad, la adopción y el acogimiento familiar, tanto preadoptivo como permanente o simple, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las comunidades autónomas que lo regulen, siempre que, en este último caso, su duración no sea inferior a un año.

⁴⁵ De conformidad con lo previsto en el artículo 48.4 del Texto refundido del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, y en el artículo 30.3 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública.

De conformidad con lo previsto en el artículo 48.4 del Texto refundido del Estatuto de los Trabajadores, en el supuesto de parto, la suspensión tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliables en el supuesto de parto múltiple en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo. En los casos de partos prematuros con falta de peso y aquellos otros en que el neonato precise, por alguna condición clínica, hospitalización a continuación del parto, por un período superior a siete días, el período de suspensión se ampliará en tantos días como el nacido se encuentre hospitalizado, con un máximo de trece semanas adicionales, y en los términos en que reglamentariamente se desarrolle. En los supuestos de adopción y de acogimiento, la suspensión tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliable en el supuesto de adopción o acogimiento múltiples en dos semanas por cada menor a partir del segundo. En el supuesto de discapacidad del hijo o del menor adoptado o acogido, la suspensión del contrato tendrá una duración adicional de dos semanas.

En similares términos el artículo 30.3 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, apartado que ha sido derogado, salvo que no exista normativa autonómica sobre la materia, con arreglo a lo establecido en la disp. final 4ª por disposición derogatoria única b) de Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.

⁴⁶ «Estar afiliadas y en alta en este Régimen o en situación asimilada al alta, al sobrevenir la contingencia o situación protegida».

establezcan, acrediten los períodos mínimos de cotización que en él se detallan.

Consecuentemente, los sujetos beneficiarios de esa protección serán los trabajadores que disfruten de los períodos de suspensión del contrato de trabajo que se correspondan con las situaciones de maternidad, adopción y acogimiento, cualquiera que sea su sexo.

En el caso que estudiamos concurren dos circunstancias: por un lado, la gestación por sustitución no se contempla entre los supuestos previstos en el artículo 133 bis como situación protegida a efectos de la prestación por maternidad; por otro lado, el contrato de gestación por sustitución es nulo de pleno derecho siendo la filiación de los hijos nacidos por gestación por sustitución determinada por el parto.

Sin perjuicio de lo anterior, las últimas sentencias en la materia (Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Oviedo, de 9 de abril de 2012, confirmada por Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de 20 de septiembre de 2012, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social sección 4ª, de 18 de octubre de 2012 o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Social sección 1ª, de 23 de noviembre de 2012) optan por proteger al máximo el interés de la familia y del menor, flexibilizando las posibles situaciones de disfrute de la prestación por maternidad, más allá de los supuestos inicialmente contemplados en el texto de la ley.

Los principales argumentos aducidos para el reconocimiento de la prestación por maternidad a los progenitores de niños nacidos en el extranjero por aplicación de técnicas de gestación por sustitución, cuyo nacimiento se ha inscrito en el Registro Civil español, son:

a) El objeto de la prestación por maternidad.

Si bien inicialmente el subsidio por maternidad tenía la doble finalidad de, por un lado atender a la salud de la mujer trabajadora en la fase de embarazo, parto y puerperio y, a la vez, atender los primeros cuidados del recién nacido, la ampliación a supuestos en los que no hay alumbramiento (acogimiento y adopción) y el reconocimiento de la condición de beneficiario al padre, han dado preponderancia a la atención del menor y al estrechamiento de los lazos maternos-paternos-filiales.

Tal y como señala la exposición de motivos de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, la

prestación por maternidad tiene entre sus objetivos, no sólo la protección de la salud de la madre y del hijo sino también el avance en la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, tanto en relación con el acceso al empleo y condiciones de trabajo, como en lo que respecta a la participación en el cuidado de los hijos desde el momento de su nacimiento o desde el momento de su incorporación a la familia en los supuestos de adopción y acogimiento. Por ello, como novedad importante, esta Ley facilitó a los hombres el acceso al cuidado del hijo desde el momento de su nacimiento o de su incorporación a la familia, al conceder a la mujer la opción de que fuese el padre el que disfrutase hasta un máximo de diez semanas de las dieciséis correspondientes al permiso por maternidad o la totalidad el permiso si se tratase de adopción. Asimismo sobre la base de lo previsto en el artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores, la Secretaria de Estado de la Seguridad Social, con fecha 21 de abril de 2004, resolvió que, en caso de fallecimiento de la madre durante el parto o en un momento posterior, con independencia de que aquélla se encontrase o no incluida en el ámbito de aplicación de la Seguridad Social, el padre podría acceder a la prestación económica por maternidad, prevista en los artículos 133 bis y siguientes de la Ley General de la Seguridad Social, durante la totalidad del período reglamentario o de la parte de éste que restase, en su caso, hasta completar dicho período computado desde la fecha del parto, siempre que el trabajador acreditase, por sí mismo, los requisitos exigidos conforme a la normativa vigente.

b) Nueva configuración de la familia.

Las sucesivas reformas que se han venido desarrollando en los diversos ámbitos acerca de la familia 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 obligaciones. Así para el supuesto de parejas del mismo sexo señala el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en sentencia de 18 de octubre de 2012 que “debe repararse en que la unión entre personas del mismo sexo permite mantener indiferenciada la condición de progenitor de cada uno de los miembros de la pareja en relación con los hijos, lo que no ha de hacer de peor derecho a aquellos respecto de la constituida por miembros de distinto sexo, sin que el parto como hecho biológico suponga un obstáculo insalvable en función de los restantes supuestos de adopción y acogimiento y los que puedan asimilarse a los mismos”

c) Aplicación del principio de igualdad.

Partiendo de la distinción que ha de establecerse entre las dos situaciones que se generan en relación con la llegada del hijo al núcleo familiar, esto es, el parto (maternidad) que sólo corresponde a la madre que físicamente ha gestado y dado a luz, y la situación sin parto (acogimiento y adopción) en el que los progenitores también se ven afectados por la nueva configuración familiar, cabe asimilar la situación de quien ostenta la condición de progenitor derivada de la práctica de la gestación por sustitución a estas últimas situaciones, la de acogimiento y adopción, en tanto que en uno y otros supuestos la posición de los progenitores respecto del nacido, adoptado o acogido es semejante. Señala en este sentido el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en sentencia de 18 de octubre de 2012 que “los supuestos guardan semejanza en tanto en cuanto la posición que ocupan los progenitores en uno y otro caso respecto del nacido, adoptado o acogido es la misma en el marco de las relaciones laborales y familiares en las que están inmersos”.

En este sentido, la jurisprudencia reciente ha declarado que, si en la adopción son sujetos directos del derecho a la prestación de 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 ostentan legalmente esa condición aunque derive de otro título al que el ordenamiento español, por medio de lo que la Dirección General de los Registros y el Notariado ha interpretado y resuelto a raíz de la Instrucción de 5 de octubre de 2010, reconociéndole la eficacia suficiente para generar el vínculo necesario para ser sujeto de la prestación de maternidad. Se trata de dar la protección de maternidad a quien ostenta la condición de progenitor de un menor por título jurídico distinto a la adopción o acogimiento pero idóneo por haber inscrito en el registro civil la filiación entre el menor y quien reclama la prestación.

Tal y como ha declarado el Juzgado de lo Social nº 2 de Oviedo en Sentencia de 9 de abril de 2012 “al reconocer que la maternidad por sustitución es equiparable a las demás situaciones de hecho protegidas, 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”

Finalmente, debe tenerse en cuenta la referencia contenida en el artículo 2.2 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, conforme al cual *«se considerarán jurídicamente equiparables a la adopción y al acogimiento preadoptivo, permanente o simple, aquellas instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras, cuya finalidad y efectos jurídicos sean los previstos para la adopción y el acogimiento preadoptivo, permanente o simple, cuya duración no sea inferior a un año, cualquiera que sea su denominación»*.

d) Prohibición contenida en el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo.

El hecho de que la gestación por sustitución esté prohibida en España no es motivo para que no se reconozca el subsidio, existiendo en otras situaciones ilegales o irregulares la protección del sistema para los afectados. Tal es el caso de la pensión de viudedad de las esposas de un causante de nacionalidad extranjera, natural de un país que reconoce la poligamia, institución que en el derecho español está tipificada como delito o el de los trabajadores en situación irregular en la que tanto la jurisprudencia como la ley de extranjería del año 2000 y sus sucesivas modificaciones, consagran la protección a los trabajadores extranjeros en materia de Seguridad Social.

9.- Críticas a la práctica de la gestación por sustitución.

El derecho a procrear y formar una familia ¿debe llegar hasta el punto de promover ciertas técnicas de reproducción como la subrogación o gestación por sustitución con las implicaciones éticas, jurídicas y sociales que ello plantea?

Como principales aspectos críticos en relación con la práctica de la gestación por sustitución podemos destacar los siguientes:

a) La desnaturalización del proceso natural de la maternidad.

Uno de los principales argumentos defendidos en contra de la práctica de la gestación por sustitución así como de la aplicación de cualquier otra técnica de reproducción humana asistida, es que las mismas desnaturalizan el proceso natural de la maternidad lo que es moralmente inaceptable.

Este argumento no se sostiene en tanto que lo natural no puede ser homologable con lo

moralmente bueno. Además debe tenerse en cuenta la utilización de técnicas en la maternidad que de por sí no son propias de su naturaleza. Piénsese por ejemplo en la práctica de una cesárea.

b) El ánimo lucrativo en la práctica de la gestación por sustitución.

Tal y como se señalaba al inicio del presente trabajo al estudiar las clases de maternidad subrogada, y concretamente, la maternidad subrogada onerosa y la gratuita, esto es, con o sin contraprestación económica a favor de la madre gestante, el ánimo lucrativo en la práctica de la gestación por sustitución ha sido uno de los aspectos más criticados en tanto que puede derivar en una explotación de las mujeres con menores recursos económicos, facilitando por otro lado el acceso a la paternidad a aquellas personas que gozan de mayor disponibilidad económica. En este sentido, supone una instrumentalización del más débil en favor del económicamente más poderoso y una cosificación tanto de las mujeres como de los propios niños convirtiéndolos en objeto de comercio vulnerando con ello el principio de indisponibilidad del cuerpo humano. El hecho de que países como la India se hayan convertido en uno de los principales destinos al objeto de acceder a la gestación por sustitución pone de manifiesto cómo las mujeres más pobres son las que se encuentran expuestas en mayor medida a esta explotación, fundamentalmente si además de la pobreza, concurre, como sucede en el ejemplo de la India, una subordinación de la mujer al hombre en el contexto de un sistema patriarcal, lo que supone que las mujeres se hallen en una situación de mayor vulnerabilidad. En países como la India el coste del proceso de gestación por sustitución es más económico para los solicitantes, constituyendo el pago un aliciente para mujeres que, hallándose en una situación de pobreza, ven en la maternidad subrogada un medio para atender a las necesidades de su propia familia. Consecuentemente, el contexto socioeconómico resulta fundamental a la hora de valorar las circunstancias que rodean la práctica de la maternidad subrogada. Es difícil defender que el acceso a esta práctica por parte de mujeres con escasos recursos económicos reside en la libertad de la mujer que decide ser madre sustituta de utilizar su cuerpo en la forma que considere adecuada. La posibilidad de abuso de la mujer por su condición de tal y las circunstancias socioeconómicas que la misma atraviesa son circunstancias que determinan la precitada libertad. Por el contrario, en países desarrollados, si es posible que los motivos que lleven a una mujer a prestar su vientre para la práctica de la maternidad subrogada no

sean tanto de carácter económico, sino que se basen en el deseo de ayudar a la pareja que no tiene hijos, en el disfrute del propio embarazo o en la autorrealización.

c) La dignidad de la persona y el derecho a la integridad moral.

Junto al elemento económico, la dignidad de la persona reconocida en el artículo 10.1 CE y el derecho a la integridad moral reconocido en el artículo 15 CE se alzan como los principales argumentos para rechazar la práctica de la gestación por sustitución. Así, la utilización de esta técnica atenta contra la dignidad de la mujer al transformarse su integridad física, no en un fin, sino en un medio por el que satisfacer los intereses de terceros⁴⁷. Del mismo modo, se vulneraría el derecho a la integridad moral del menor al saberse engendrado por una mujer que nunca lo quiso para sí. En este sentido el Informe Warnock, elaborado en el Reino Unido en 1984, señalaba como argumentos en contra de la práctica de la maternidad subrogada; la incompatibilidad con la dignidad humana de la explotación del útero con fines de lucro y su empleo como incubadora de un niño que no va a ser suyo; y la deformación de la relación entre la madre y el hijo, al permitirse a una madre quedarse embarazada con la intención del abandonar al niño tras su nacimiento. Esta situación resulta potencialmente nociva para el niño, cuyos lazos con la madre gestante se consideran muy sólidos y cuyo bienestar se estima de la máxima importancia.

d) El impacto psicológico.

Asimismo deben tenerse en cuenta el impacto y los problemas psicológicos que de la práctica de la gestación por sustitución pueden derivarse, tanto para la madre gestante, que puede cambiar de opinión durante el periodo de embarazo, viéndose obligada a entregar al hijo que ha gestado, como para los hijos, al conocer su verdadera procedencia, más aún cuando se trata de supuestos de maternidad subrogada entre familiares.

En relación con lo anterior se ha declarado la invalidez de los acuerdos de maternidad

⁴⁷ La idea filosófica de la dignidad humana ha sido especialmente destacada por el filósofo alemán Kant. Según éste, los seres humanos se merecen un trato especial y digno que posibilite su desarrollo como personas. En este sentido, afirma Kant, el hombre es un fin en sí mismo, no un medio para usos de otros individuos, lo que lo convertiría en una cosa. Los seres irracionales, como los animales, pueden ser *medios para*, por ejemplo, la alimentación, en cambio la existencia de las personas es un valor absoluto y, por ello, son merecedoras de todo el respeto moral mientras que la discriminación, la esclavitud, etc. son acciones moralmente incorrectas, porque atentan contra la dignidad de las personas.

subrogada fundamentándose en el vínculo que se crea durante la gestación y el parto entre la madre subrogada y el bebé, lo que impide a aquella tomar una decisión libre en el momento de firmar el acuerdo. En contra de esta tesis se halla la de aquellos que consideran que defender la invalidez del contrato por este motivo sólo contribuye a alimentar estereotipos de la mujer relativos a la imprevisibilidad en la toma de decisiones y la inevitabilidad de su destino biológico, que se impone sobre la formación de decisiones. En una posición intermedia se encuentran aquellos que otorgan eficacia al acuerdo de maternidad subrogada siempre y cuando garanticen el derecho de la madre a cambiar de opinión tras el parto.

e) Incumplimiento de la normativa sobre adopción.

También ha sido objeto de crítica la maternidad subrogada en cuanto que su práctica supone una violación de las normas que rigen la adopción, concretamente aquella que prohíbe el pacto de una remuneración⁴⁸. En este sentido, Jaime Vidal Martínez concibe la maternidad de sustitución como un conjunto de actos concatenados con los que se pretende eludir la recta aplicación de las leyes en materia de filiación y adopción con la finalidad última de sustituir la mujer comitente a la madre gestante contando para ello con algún respaldo legal⁴⁹.

f) Profesionalización de la maternidad subrogada.

Otra de las críticas que plantea la práctica de la maternidad subrogada es la posibilidad de que la madre de alquiler convierta la práctica aislada de la gestación por sustitución en una profesión: dos ejemplos avalan esta teoría: Jill Hawkins, inglesa y soltera de 43 años, que tuvo ocho embarazos como madre de alquiler y Carole Horlock, que con 41

⁴⁸ En este sentido, Rafael Sánchez Aristi destaca tres aspectos que muestran una clara contradicción entre la gestación por sustitución y la adopción: a) el artículo 1830.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 que prohíbe, en las adopciones que exijan propuesta previa, que el asentimiento de los padres se refiera a adoptantes determinados; b) el artículo 177.2.2 del Código Civil conforme al cual el asentimiento a la adopción de la madre no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido treinta días desde el parto; y el artículo 221 del Código Penal que castiga con las penas de prisión de uno a cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a 10 años a los que, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concurra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación. En SÁNCHEZ ARISTI, R., “La gestación por sustitución: dilemas éticos y jurídicos”, *Humanitas Humanidades Médicas* (Tema del mes on line). N°. 49, abril de 2010.

⁴⁹ Véase, VIDAL MARTÍNEZ, J., “La regulación de la reproducción humana asistida en el derecho español” ob. cit. p. 117

años ha sido madre “subrogada” de 12 niños.

g) Otros problemas de carácter ético o legal.

A los problemas aludidos anteriormente, cabe añadir los múltiples problemas de carácter ético o legal que la práctica de la gestación por sustitución puede generar entre la pareja solicitante, la mujer portadora y el hijo. Algunos de estos problemas fueron planteados por la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación in Vitro y la Inseminación Artificial Humana (Comisión Palacios) en su Informe aprobado en 1986 cuyo objeto era prestar asesoramiento en torno a los problemas genéticos, biológicos y éticos que plantea la reproducción humana asistida. Sus recomendaciones fueron la base principal en la regulación contenida en la Ley 35/1988, de 25 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida. Algunos de los problemas planteados en el citado informe son: ¿Qué ocurre si la mujer gestante contrae una enfermedad que puede producir graves anomalías en el feto y la pareja solicitante pide la interrupción del embarazo?; ¿Qué ocurre si es la mujer estéril la que realiza o pretende realizar el aborto?; ¿Qué ocurre si la pareja solicitante se divorcia, muere uno de los miembros o los dos durante el embarazo?; ¿Qué ocurre si el hijo nace con malformaciones o anomalías y no es aceptado por la pareja solicitante?; ¿Qué ocurre si la mujer embarazada no renuncia a la maternidad?

Situaciones tan complejas como éstas han generado en la práctica el aumento de litigios derivados de los procesos de maternidad subrogada que ponen en evidencia la realidad del proceso de cosificación de los niños y cuestionan la visión idílica de la maternidad subrogada como una vía para garantizar el acceso a la paternidad a aquellas personas que por uno u otro motivo no pueden. Algunos de los casos más polémicos son analizados en el epígrafe siguiente con ocasión del estudio de las principales experiencias de la maternidad subrogada en el Derecho Comparado.

10.- Principales experiencias en el Derecho Comparado

Desde el punto de vista de derecho comparado existe una gran disparidad en la regulación de la práctica de la gestación por sustitución, pudiendo clasificar los países en tres grandes bloques según que la gestación por sustitución sea ilegal en cualquier caso, sea legal siempre y cuando no medie contraprestación económica o sea legal con independencia de que medie o no contraprestación económica. Ello teniendo en cuenta

además que la mayor parte de los países ni siquiera regulan la práctica de la gestación por sustitución.

10.1.-Países en los que la gestación por sustitución es ilegal.

En primer lugar cabe señalar aquellos países, en los que como ocurre en España, la gestación por sustitución es ilegal. Es el caso por ejemplo de Francia, Italia, Alemania o Suiza.

a) Francia.

En 1982, en Francia, el doctor Sacha Geller fundó el CEFER (Centro de Investigaciones de Técnicas de Reproducción), asociación destinada a vincular a parejas estériles con madres subrogadas. De esta forma, en 1983 en la ciudad de Montpellier, una mujer gestó un niño para su hermana gemela estéril.

Sin perjuicio de lo anterior, el artículo 16.7 del Código Civil francés señala que *“todo convenio relativo a la procreación o la gestación por cuenta de otro será nulo”*. En este sentido, en mayo de 2010, el Comité Consultatif National d'Éthique pour les Sciences de la Vie et de la Santé (Comité Nacional Consultivo de Ética para las ciencias de la vida y la salud) emitía un aviso (el nº 110) sobre los aspectos éticos planteados por la gestación por sustitución, afirmando que la misma es contraria a la dignidad humana y puede causar graves secuelas emocionales en los hijos.

Además el artículo 227-12⁵⁰ del Código Penal Francés castiga con la pena de seis meses de prisión y multa de 15.000 euros al que intermedie entre una persona o una pareja deseosa de acoger un niño y una mujer que acepte llevar a término su gestación

⁵⁰ Artículo 227-12: *“El hecho de provocar, bien con fines lucrativos, o mediante dádiva, promesa, amenaza o abuso de autoridad, a los padres o a uno de ellos a abandonar a un niño nacido o por nacer será castigado con seis meses de prisión y multa de 7.500 euros.*

El hecho de intermediar, con fines lucrativos, entre una persona deseosa de adoptar un niño y un padre deseoso de abandonar a su hijo nacido o por nacer será castigado con seis meses de prisión y multa de 15.000 euros.

Será castigado con las penas previstas en el segundo párrafo el hecho de intermediar entre una persona o una pareja deseosa de acoger un niño y una mujer que acepte llevar a término su gestación con el fin de entregárselo. Las penas se duplicarán cuando estos hechos se hayan cometido con carácter habitual o con un fin lucrativo.

La tentativa de las infracciones previstas en los párrafos segundo y tercero del presente artículo será castigada con las mismas penas”

con el fin de entregárselo, duplicándose las penas cuando estos hechos se hayan cometido con carácter habitual o con un fin lucrativo.

Sin perjuicio de lo anterior, en el año 2012 el Tribunal de Apelación de Rennes (Bretaña) ha permitido la inscripción en el Registro Civil francés del nacimiento de dos niños gemelos nacidos en 2010 de padres franceses pero de madre de gestación india. Este fallo confirma una sentencia de primera instancia previa, aunque aún puede ser recurrido. Sendos certificados de nacimiento han sido autorizados en base al artículo 47 del código civil francés conforme al cual *“todo acto de registro civil de franceses y extranjeros celebrado en un país extranjero y redactado según los usos habituales en aquel país será considerado un acto administrativo auténtico”*.

b) Italia.

En Italia la gestación por sustitución sea comercial o altruista también es ilegal. Así la Ley de 19 de febrero de 2004, nº 40 sobre "Las normas sobre la procreación médicamente asistida" señala en su artículo 12.6, inserto en el Capítulo V relativo a "Prohibiciones y sanciones", que *“quien, en cualquier forma, produce, organiza o anuncia la venta de gametos o embriones o subrogación de la maternidad, será castigado con prisión de tres meses a dos años y una multa de entre 600.000 y un millón de euros”*.

En relación con lo anterior señala Cristiana Baffone⁵¹ como trasgresores potenciales de dicha prohibición a: a) médicos y biólogos que participen activamente en la cirugía, formando al embrión in Vitro y transfiriéndolo al útero de una mujer diferente a la madre biológica; b) aquellos que participen en una actividad de promoción de cirugías de subrogación; en este caso se castiga a quien organiza y hace publicidad a la práctica; y c) madres subrogadas y parejas solicitantes.

Sin perjuicio de lo anterior, el 17 de febrero de 2000 una jueza del tribunal Civil de Roma autorizó a una pareja a utilizar los servicios de una madre de alquiler. En el caso, nos encontramos frente a una mujer que debido a una malformación en su aparato

⁵¹ BAFFONE, C., “La maternidad subrogada: una confrontación entre Italia y México”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLVII, número 137, mayo-agosto de 2013, p. 467

genital se encontraba impedida para llevar adelante un embarazo, aunque si podía producir ovocitos. En 1995 la pareja, mediante el método de la fecundación artificial, procedió a congelar sus embriones a la espera de encontrar una mujer a quien implantárselos; una amiga se ofreció a cumplir este cometido en 1999. Sin embargo, durante este tiempo, la Federación de Médicos Italianos, sancionaba un código deontológico que prohibió expresamente la “maternidad subrogada”. Ante esta circunstancia, y debido al vacío legislativo en la materia, la pareja recurrió a la justicia solicitando autorización para que los embriones fuesen implantados en la madre sustituta. El fallo estimó la petición aduciendo que la intervención se llevaba a cabo “por amor y no por dinero” y porque los embriones ya hacían cuatro años que estaban congelados.

c) Alemania.

En Alemania, la Ley de protección del embrión 745/90 de 13 de diciembre de 1990 señala en su artículo 1 relativo a “utilización abusiva de las técnicas de reproducción” que *“será sancionado con una pena privativa de la libertad de hasta tres años o de una multa quien practicara una fecundación artificial o transfiriera un embrión humano a una mujer dispuesta a abandonarlo en forma definitiva a terceros luego de su nacimiento”*. No obstante señala la Ley que no serán sancionadas *“la madre de sustitución ni tampoco la persona que desea tomar a su cargo el niño en forma definitiva”*. Consecuentemente se sanciona únicamente a la persona que lleva a cabo la fecundación artificial o la transferencia del embrión. Cabe deducir, pese a que el artículo guarda silencio, que se trata de personal médico.

d) Suiza.

En Suiza en virtud del artículo 119.2 d) de la Constitución Federal Suiza de 18 de abril de 1999 *“se prohíbe la donación de embriones, así como todas las formas de maternidad de sustitución”*.

10.2.- Países en los que la gestación por sustitución es legal siempre que sea altruista.

En segundo lugar, están aquellos países en que la gestación por sustitución es legal siempre que sea altruista. Son países como por ejemplo Canadá, Brasil, Reino Unido, México, Argentina o Colombia.

a) Canadá.

Canadá ha prohibido la subrogación comercial en 2004 a través de la aprobación de la Ley de Reproducción Humana Asistida, mientras que la subrogación altruista sigue siendo legal, si bien la provincia de Quebec prohíbe toda subrogación. Las madres de alquiler pueden ser reembolsadas por los gastos necesarios aprobados, pero el pago de cualquier otra cantidad o tarifa es ilegal. En virtud de lo dispuesto en la Sección 6 de la citada Ley, nadie podrá pagar una recompensa a una persona de género femenino para que sea una madre sustituta, ni ofrecer pagar tal recompensa o publicitar para que dicho pago sea efectuado. De igual modo dispone la Ley que nadie podrá aceptar el pago de una recompensa por gestionar el servicio de una madre sustituta, ni ofrecerse a efectuar dicha gestión mediante una recompensa o publicitar el ofrecimiento de gestionar dicho servicio y nadie podrá pagar una recompensa a otra persona para que gestione el servicio de una madre sustituta, ni ofrecer pagar por dicha gestión ni publicitar para que se efectúe un pago por la misma. En relación con la madre sustituta señala la Ley que nadie podrá aconsejar o inducir a una persona de género femenino para que sea madre sustituta, ni proporcionar ningún tipo de tratamiento médico para que una persona de género femenino sea una madre sustituta, con el conocimiento, o con fundadas razones para creer que la persona de género femenino tiene menos de 21 años de edad.

b) Brasil.

Brasil prohíbe expresamente el carácter lucrativo de esta práctica y lo hace sobre la base del artículo 199.4 de la Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988 conforme al cual *“la ley dispondrá sobre las condiciones y los requisitos que faciliten la extracción de órganos, tejidos y sustancias humanas para fines de transplante, investigación y tratamiento, así como la extracción, procesamiento y transfusión de sangre, prohibiéndose, todo tipo de comercialización”*. El 6 de enero de 2011 se

publicó en el Diario Oficial la decisión del Consejo Federal de Medicina que apunta a combatir el llamado "vientre de alquiler" señalando que *"la donación temporal del útero nunca tendrá carácter lucrativo o comercial"*. Distinta es la posición del Consejo Federal de Medicina respecto del denominado "vientre solidario". En este sentido, se admite la gestación por sustitución en aquellos supuestos en que exista un problema médico que impida o contraindique la gestación por parte de la dadora genética. La madre sustituta deberá pertenecer a la familia de la madre biológica en una relación de parentesco hasta el segundo grado.

c) Reino Unido.

En Reino Unido los acuerdos de subrogación comercial no son legales. Estos acuerdos fueron prohibidos por ley de 1985 (Surrogacy Arrangements Act 1985). La citada Ley ni prohíbe la maternidad subrogada ni sanciona a la madre subrogada ni a quienes solicitan sus servicios, sino que condena la negociación de dichos acuerdos con fines lucrativos, si bien se admite el pago a la madre gestante de los gastos razonables que se deriven de la misma. La filiación se determina con respecto a la madre que da a luz. Sólo se transfiere (pasado un periodo de reflexión) a los padres intencionales si éstos lo solicitan ante los tribunales. La citada Ley fue modificada por Ley de 1990 (Human Fertilisation and Embryology Act 1990) que introdujo la posibilidad de que las madres pudiesen mantener al bebé en el supuesto de que cambiasen de opinión y por Ley de 2008 (Human Fertilisation and Embryology Act 2008) que extiende la posibilidad de que se establezca la filiación del menor respecto de las personas unidas en una unión civil registrada del mismo sexo.

En 1987 en Gran Bretaña la señora Kim Cotton aceptó ser madre portadora, utilizando la técnica de inseminación artificial con semen del marido de la pareja comitente. El acuerdo se efectuó gracias a las gestiones realizadas por la agencia Surrogate Parenting Association que cobró la suma de 14.000 libras. Un funcionario del Servicio Social Gubernamental realizó la denuncia ante los tribunales, los cuales decidieron que el menor permaneciera bajo la custodia del hospital hasta que el Tribunal de menores se pronunciase. Posteriormente, la Corte Superior Civil de Londres decidió que la niña debía ser entregada a la pareja contratante mediante el correspondiente trámite de

adopción si bien declaró que “según la Ley británica el pago de dinero por un bebé es constitutivo de un delito, y que la niña así nacida es ilegítima, aunque en su beneficio ha de guardarse el anonimato absoluto”.

d) México.

En México, con fecha 30 de noviembre de 2010, se aprobó por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal (ALDF) una iniciativa de Ley de Maternidad Subrogada que fue posteriormente enviada al Jefe de Gobierno para su promulgación y publicación. El Proyecto de Decreto por el que se expide la Ley de Maternidad Subrogada para el Distrito Federal fue una iniciativa presentada por el Grupo Parlamentario del Partido de la Revolución Democrática, en la V Legislatura de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, al objeto de brindar certeza jurídica y resolver el problema de la infertilidad como un asunto de salud pública, basándose en principios de autonomía, dignidad, universalidad e información.

La citada iniciativa de Ley regulaba la Maternidad Subrogada como la práctica médica auxiliar para la procreación entre un hombre y una mujer, definiéndola en su artículo 2 como «*la práctica médica consistente en la transferencia de embriones humanos en una mujer, producto de la unión de un óvulo y un espermatozoide fecundados por una pareja unida mediante matrimonio o que vive en concubinato y que aportan su material genético*». Consecuentemente, la Ley no permitía en principio que parejas homosexuales pudieran recurrir a la Maternidad subrogada. Sí permitía la Ley que las mujeres en estado civil diferente al señalado pudieran acceder a esta práctica médica, siempre y cuando cumpliesen con los requisitos señalados para la madre biológica en la Ley, esto es, tratarse de una mujer con capacidad de goce y ejercicio que posea una imposibilidad permanente o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero y que aporte sus óvulos para la fecundación, comprometiéndose mediante el Instrumento para la Maternidad Subrogada desde el momento de la implantación con las reglas que dispone la legislación vigente respecto a la maternidad, velando por el interés superior del menor y ejerciendo los derechos y obligaciones que emanan de la maternidad biológica.

En virtud de lo previsto en la iniciativa de Ley, la Maternidad Subrogada se realiza sin fines de lucro para la madre biológica y el padre, y la mujer gestante procurando el bienestar y el sano desarrollo del embrión y posteriormente del feto durante el período gestacional. Sin perjuicio de lo anterior, la madre biológica y el padre deben hacerse cargo de todos los gastos médicos que se generen a partir de la gestación, hasta la total recuperación de la mujer gestante certificada por el médico tratante, con independencia de si se logra o no el nacimiento.

La mujer gestante deberá tener algún parentesco por consanguinidad o afinidad con la madre biológica o el padre. No obstante, en caso de que no exista una candidata que cumpla con dicha característica, podrá participar cualquier mujer en la práctica de Maternidad Subrogada.

Se reconoce además a la mujer gestante el derecho a decidir respecto a la interrupción del embarazo en los términos que establece el artículo 148 fracciones II y III del Código Penal⁵², sin que sea causa de responsabilidad civil y penal.

El consentimiento que otorguen las partes que intervienen en la práctica de la Maternidad Subrogada deberá realizarse ante Notario Público, mediante el Instrumento para la Maternidad Subrogada que para tal efecto disponga la Consejería Jurídica y de Servicios Legales del Distrito Federal. El consentimiento otorgado en el Instrumento para la Maternidad Subrogada y la realización de esta práctica médica, no produce ninguna relación de parentesco o materno filial entre el menor nacido y la mujer gestante. En todos los casos los derechos de filiación serán a favor de la madre biológica y el padre.

La redacción de la iniciativa de Ley en torno a determinadas cuestiones determinó que el Jefe de Gobierno consultase a especialistas al objeto de evitar que la Ley de Gestación Subrogada rebasara las competencias locales, limitara derechos o

⁵² El artículo 148, fracciones II y III, del Código Penal para el Distrito Federal (publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 16 de julio de 2002), considera como excluyentes de responsabilidad penal en el delito del aborto «II. Cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada corra peligro de afectación grave a su salud a juicio del médico que la asista, oyendo éste el dictamen de otro médico, siempre que esto fuere posible y no sea peligrosa la demora; III. Cuando a juicio de dos médicos especialistas exista razón suficiente para diagnosticar que el producto presenta alteraciones genéticas o congénitas que puedan dar como resultado daños físicos o mentales, al límite que puedan poner en riesgo la sobrevivencia del mismo, siempre que se tenga el consentimiento de la mujer embarazada».

discriminara personas, siendo cuestionada ante la Suprema Corte. Consultada el área de Derechos Sexuales y Reproductivos del Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE), el Grupo de Reproducción Asistida (GIRE) y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se realizaron diversas modificaciones a la iniciativa aprobada por la ALDF, lo que concluyó en una nueva iniciativa de Ley que fue aprobada en comisiones el 8 de diciembre de 2011 y subida al Pleno el día 20 de diciembre de 2011.

Las observaciones remitidas por el JGDF a la ALDF modificaron el decreto enviado en los siguientes aspectos básicos: a) se amplía el ámbito de aplicación de la Gestación Subrogada definiendo la misma como “el acuerdo de voluntades entre las partes para la transferencia de embriones humanos en la persona gestante, producto de la fecundación de un óvulo y un espermatozoide y que concluye con el parto o la terminación del embarazo”; b) se eliminan las referencias que pudieran resultar en invasiones a la esfera de facultades federales en materia de salud; c) se remiten al Código Penal los supuestos de interrupción del embarazo que se contemplan en el Decreto, en atención al principio constitucional de exacta aplicación de la ley penal y la prohibición de analogía en materia penal y d) se precisan los conceptos de interés superior del niño y su carácter primordial.

No habiéndose procedido finalmente a la publicación de la iniciativa de 20 de diciembre de 2011, la promulgación de una Ley de Maternidad Subrogada en México sigue siendo actualmente objeto de debate.

Sin perjuicio de que no exista en el Distrito Federal Ley alguna que regule la maternidad subrogada, es importante tener en cuenta el artículo 162 del Código Civil Federal conforme al cual *“los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente. Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos. Por lo que toca al matrimonio, este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges”*.

En base a la redacción del citado artículo, que no dispone límite alguno, tanto la maternidad subrogada como otras técnicas de reproducción humana asistida, son

admitidas, si bien no se han regulado los efectos jurídicos, lo que plantea diversos conflictos en la práctica.

Pese a lo anterior, existe una especificidad local en el estado de Tabasco (México) cuyo Código Civil contempla expresamente la maternidad subrogada en los artículos 92, 347, 351 y 360. Sin embargo, sus detractores señalan que resultan inaplicables, quedando en un plano meramente abstracto, toda vez que contradicen los principios rectores de las relaciones familiares en México y el propio Código Civil de Tabasco.

En este sentido, establece el artículo 92 que “en el caso de los hijos nacidos como resultado de la participación de una madre gestante sustituta, se presumirá la maternidad de la madre contratante que la presenta, ya que este hecho implica su aceptación. En los casos en los que participe una madre subrogada, deberá estarse a lo ordenado para la adopción plena”. Y continúa señalando que “se entiende por madre gestante sustituta, la mujer que lleva el embarazo a término y proporciona el componente para la gestación, más no el componente genético. Por el contrario, la madre subrogada provee ambos: el material genético y el gestante para la reproducción. Se considera madre contratante a la mujer que convenga en utilizar los servicios de la madre gestante sustituta o de la madre subrogada, según sea el caso”.

En relación con lo anterior, señala el artículo 347 que “cuando en el proceso reproductivo participe una segunda mujer, se presumirá madre legal a la mujer que contrata, ya sea que esta última provea o no el óvulo. Esto es, cuando la madre sustituta no es la madre biológica del niño nacido como resultado de una transferencia de embrión, la madre contratante deberá ser considerada la madre legal del niño y éste será considerado hijo legítimo de la mujer que contrató”

Por otra parte, señala el artículo 351 que “el reconocimiento hecho por el padre puede ser contradicho por un tercero que a su vez pretenda tener ese carácter. El reconocimiento hecho por la madre, puede ser contradicho por una tercera persona que a su vez pretenda tener ese carácter” y el artículo 360 que “salvo el caso de que se trate de un hijo nacido como resultado de un contrato de maternidad sustituta, el hijo de una mujer casada no podrá ser reconocido como hijo por otro hombre distinto del marido,

sino cuando éste lo haya desconocido y por sentencia ejecutoriada se haya declarado que no es hijo suyo”.

En cualquier caso, tanto en Tabasco como en el Distrito Federal, la maternidad subrogada esta concebida como una actividad altruista, por lo que la mujer gestante no podrá recibir dinero por el alquiler de su vientre.

e) Argentina.

Actualmente no existe legislación en Argentina en torno a la gestación por sustitución. No obstante, en tanto que no existe regulación ni siquiera para prohibirla, son frecuentes en la práctica los supuestos de maternidad subrogada.

El Código Civil de la República Argentina, en vigor desde el 1 de enero de 1871, es el código legal que reúne las bases del ordenamiento jurídico en materia civil en Argentina. Con numerosas modificaciones desde su entrada en vigor, sigue constituyendo la base del Derecho civil argentino. A principios de 2011, mediante el Decreto Presidencial 191/2011, se constituyó la "Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación".

El Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación regula la Gestación por sustitución en el artículo 562, ubicado en el Capítulo 2 (Reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida) del Título V (Filiación).

El elemento central de la gestación por sustitución es la voluntad procreacional, expresada mediante el consentimiento previo, informado y libre de las personas que intervienen. La filiación queda establecida entre el niño nacido y el o los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial. El juez debe homologar sólo si, además de los requisitos que prevea la ley especial, se acredita que:

- a) Se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer;
- b) la gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica;
- c) Al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos;

- d) El o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término;
- e) La gestante no ha aportado sus gametos;
- f) La gestante no ha recibido retribución;
- g) La gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de dos veces;
- h) La gestante ha dado a luz, al menos, un hijo propio.

En cualquier caso, los centros de salud no pueden proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la autorización judicial. Si se carece de autorización judicial previa, la filiación se determinará por las reglas de la filiación por naturaleza. En este sentido señala el artículo 565 del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación que “en la filiación por naturaleza, la maternidad se establece con la prueba del nacimiento y la identidad del nacido”.

f) Colombia.

En Colombia, la Corte Constitucional Colombiana, en Sentencia T-968/09 de 2009, reconoció la validez de los contratos de maternidad subrogada al no existir norma expresa que los prohíba, destacando la necesidad de regular de forma exhaustiva su práctica y el establecimiento de requisitos y condiciones para la celebración del contrato.

Sin perjuicio de lo anterior, recientemente, en los años 2008 y 2009, se han presentado dos proyectos de Ley (Proyecto de Ley n° 196 de 2008 y Proyecto de Ley n° 037 de 2009), con idéntico contenido, al objeto de regular en todo el territorio nacional la práctica de la gestación sustitutiva mediante las técnicas de reproducción humana asistida, si bien ninguno de ellos ha prosperado. En ellos se regula la gestación sustitutiva como un acuerdo gratuito, formal y confidencial, realizado entre la receptora gestante sustitutiva⁵³ y la pareja solicitante⁵⁴ con el fin de llevar a término el proceso de

⁵³ 1. Ser mujer mayor de 25 años; 2. Ser colombiana; 3. Ser legalmente capaz y en pleno uso de sus facultades mentales; 4. No tener problemas de salud; 5. No tener antecedentes de embarazos de alto riesgo; 6. No haber sufrido pérdidas gestacionales; 7. No haber practicado aborto; 8. No tener ningún

gestación, destacando especialmente la restricción a personas de nacionalidad colombiana, y únicamente para el supuesto de que los solicitantes sean pareja heterosexual, lo que desde el punto de vista práctico supone una importante traba para el turismo reproductivo al impedir el traslado de parejas extranjeras a Colombia para la práctica de la gestación sustitutiva. En cualquier caso para que proceda la práctica de la gestación sustitutiva debe existir en la pareja biológica causa médica comprobada de que alguno de los miembros de la misma no tenga capacidad reproductiva. El hecho de que el contrato de gestación sustitutiva sea gratuito no obsta a la obligación de la pareja solicitante de cubrir los costos de los exámenes ordenados por los centros de reproducción asistida a la receptora gestante sustitutiva, cubrir los gastos médicos de la receptora gestante sustitutiva durante el periodo de gestación, cubrir los exámenes solicitados por el especialista durante el periodo de gestación, cubrir los gastos de alimentación y de vestido de la receptora gestante sustitutiva y entregarle un auxilio económico mensual para su sostenimiento.

10.3.- Países en los que la gestación por sustitución es legal.

En tercer lugar están aquellos países en que la gestación por sustitución, medie o no contraprestación económica es legal. Es el caso por ejemplo de Ucrania, Rusia, India y parte de los estados de Estados Unidos.

a) Ucrania.

En Ucrania la maternidad subrogada es legal. El Código de Familia de Ucrania, vigente desde el 1 de enero de 2004, dispone en su artículo 123.2 que, en caso de que el embrión generado por los cónyuges sea transferido a otra mujer, los cónyuges serán los

parentesco en el primer grado de consanguinidad, segundo de afinidad o civil con los padres biológicos; 9. Encontrarse en condiciones óptimas de salud; 10. Haberse practicado consulta genética y de cariotipo; 11. Haberse practicado un examen psicológico; 12. Tener prueba de VIH Negativa.

⁵⁴ 1. Pareja heterosexual, compuesta por hombre y mujer mayor de 25 años; 2. Ser colombianos; 3. En caso de ser extranjeros con un término de residencia en el país no inferior o a un año; 4. Legalmente capaces y en pleno uso de sus facultades mentales; 5. Casada o en unión libre, con un tiempo de convivencia mayor a dos años; 6. Cualquiera de los dos miembros de la pareja (hombre o mujer) tenga problemas de fertilidad certificados por un médico especialista; 7. Mujer tenga problemas de fertilidad gestacional certificada por un médico especialista; 8. Mujer tenga problemas de llevar a feliz término un embarazo, certificada por un médico especialista; 9. Mujer corra graves riesgos en su salud en estado de embarazo, certificado por un médico especialista; 10. Encontrarse en condiciones psicológicas sanas; 11. Tener prueba de VIH negativa.

padres del niño, incluso en los programas de gestación por sustitución. Literalmente se señala que “una vez que en el cuerpo de otra mujer se transfieran el embrión humano concebido por los esposos (hombre y mujer) en virtud de aplicar las técnicas de reproducción asistida, los padres del niño son los esposos”. El punto 3 de dicho artículo consagra a los cónyuges la posibilidad de realizar la fecundación in vitro con ovocitos donados. En cualquier caso, se considerará que el embrión procede de los cónyuges. De tal modo, habiendo dado su consentimiento a la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, los cónyuges ejercerán sin limitación alguna la patria potestad sobre los niños nacidos a consecuencia de dichas técnicas.

b) Rusia.

En Rusia, la maternidad subrogada no sólo es legal sino que es accesible para prácticamente todos los mayores de edad que desean ser padres. La legislación liberal ha convertido a Rusia en un destino atractivo para los “turistas reproductivos” que viajan al extranjero en busca de las técnicas no disponibles en sus respectivos países, resultando además que en Rusia los extranjeros gozan de los mismos derechos a la reproducción asistida que los rusos. El estado civil de los usuarios no tiene trascendencia, pudiendo acudir personas sin pareja o parejas no casadas. Hay ciertas indicaciones médicas⁵⁵ para acudir a la gestación por sustitución: ausencia del útero, malformaciones del útero o del cérvix, sinequia uterina, enfermedades somáticas en las cuales está contraindicado el embarazo, reiterados intentos fallidos de FIV cuando se generan embriones de alta calidad pero, una vez transferidos, no se consigue el embarazo. En cuanto a la madre de alquiler pueden serlo las mujeres de entre 29 y 35 años de edad que tenga al menos un hijo propio sano, una buena salud psicosomática y que hayan otorgado su consentimiento voluntario.

La inscripción registral de los niños nacidos a través de la maternidad subrogada se rige por el Código de Familia de Rusia (artículos 51 y 52) y la Ley de Actos del Estado Civil (artículo 16). La madre de alquiler tiene que dar su consentimiento para que sea registrado el nacido. En este sentido, señala el artículo 51.4 del Código de Familia Ruso que “los cónyuges que hayan dado su consentimiento escrito para la aplicación de la fecundación in vitro o la implantación del embrión se inscribirán en el libro de

⁵⁵ Orden nº 67 del Ministerio de Salud “Sobre la aplicación de las técnicas de reproducción asistida en el tratamiento de la infertilidad femenina y masculina” de 26 de febrero de 2003.

Nacimientos como los padres del niño nacido mediante dichas técnicas. Los cónyuges que hayan dado su consentimiento escrito para la implantación del embrión en el útero de otra mujer con el fin de que lo gaste, sólo serán inscritos como los padres del niño con el consentimiento de la mujer que lo haya dado a luz”. Consecuentemente, no se requiere para tal efecto ni una resolución judicial ni el procedimiento de adopción. El nombre de la madre de alquiler nunca consta en el certificado de nacimiento. No es obligatorio que el niño tenga el vínculo genético con alguno de sus padres comitentes.

Los niños nacidos de vientres de alquiler por encargo de personas solteras o parejas de hecho heterosexuales se inscriben por analogía de ley (artículo 5 del Código de Familia), para lo cual puede necesitarse una resolución judicial.

c) India.

En la India la maternidad subrogada comenzó a finales de los años 70, incrementándose en los últimos años debido a las ganancias que genera el turismo médico. De este modo, en la India la gestación por sustitución es legal hasta el punto de haberse convertido en líder en alquiler de vientres, resultando un destino muy popular para las parejas de los países industrializados debido a su bajo coste y a una legislación laxa. La vulnerabilidad por la falta de información así como la pobreza hacen de la maternidad subrogada en India una industria rica en madres portadoras disponibles. En la India no existe regulación específica sobre la gestación por sustitución. Las directrices que se siguen en la práctica de la maternidad subrogada son las previstas en la “Guía ética para la investigación biomédica y la Participación de seres Humanos” elaborada por el Consejo Indio de Investigación Biomédica en 2006 y la “Guía para la Reglamentación de Reproducción asistida” elaborada por el Ministerio de Salud en el año 2010. Asimismo, existe un borrador de Ley que lleva discutiéndose en el Parlamento desde el año 2010.

En virtud de los documentos oficiales citados, la mujer subrogante no se involucra genéticamente en el embarazo, debe haber tenido al menos un hijo y contar con el consentimiento del esposo. En este sentido, la mujer subrogante solo entra en la transacción después de recibir el consentimiento del esposo o guardián, dependiendo en última instancia de la voluntad masculina, reflejo de una sociedad profundamente patriarcal fuertemente impregnada de valores religiosos. Una vez que la mujer firma el

contrato se compromete a llevar adelante la gestación hasta el parto, perdiendo el derecho a una posible interrupción de éste⁵⁶.

El acuerdo de subrogación se regula por un contrato entre las partes en el que deberá dejarse constancia del consentimiento de la madre de alquiler para tener al niño, del consentimiento de su marido y otros miembros de la familia, de los procedimientos médicos de inseminación artificial, del reembolso de todos los gastos razonables para llevar el embarazo a término, de la voluntad de entregar el nacido a los designados padres, etc. Asimismo, el acuerdo de subrogación debe prever apoyo financiero para el niño en caso de muerte de los futuros padres antes de la entrega del niño, o en caso de divorcio entre los futuros padres y posterior negativa de ambos a aceptar la entrega del niño. El acuerdo debe asimismo contemplar un seguro de vida para la madre de alquiler.

Al menos uno de los futuros padres debe ser donante reduciendo con ello las probabilidades de abuso infantil que se han dado en casos de adopciones. Consecuentemente, en caso de que el futuro padre sea soltero, él o ella debe ser el donante para poder tener un hijo por subrogación, de lo contrario, deberá recurrir a la adopción para tener un hijo.

Los criterios para ser madre subrogante son: ser menor de 35 años, pudiendo ser familiar, conocida o no tener relación alguna con la pareja que le encarga el embarazo; VIH negativa (le hacen la prueba antes de firmar el acuerdo); presentar una declaración jurada diciendo que en los últimos 6 meses: a) no le administraron ningún medicamento/droga con una aguja usada por otras personas; b) no le hicieron transfusiones de sangre; y c) hasta donde sabe, ni ella ni su marido tuvieron relaciones prematrimoniales; d) no se inyecta drogas, y no se someterá a ninguna transfusión de sangre que no provenga de un banco de sangre certificado. Ninguna mujer puede ser subrogante más de tres veces en el transcurso de su vida.

El certificado de nacimiento del niño debe contener únicamente el nombre de los futuros padres, protegiendo la privacidad de los donantes y de la madre de alquiler.

A través de Sentencia de 29 de septiembre de 2008 la Corte Suprema de la India declaró la legalidad de la maternidad de alquiler comercial en la India señalando que “debido a

⁵⁶ Los casos de abortos se deben regir solamente por la Ley de Terminación Médica de Embarazo de 1971.

la excelente infraestructura médica, la alta demanda internacional y la disponibilidad de madres portadoras a bajo coste, el fenómeno está alcanzando proporciones industriales”.

Dicha sentencia discutía el supuesto del Bebé Manji Yamada poniendo de manifiesto la necesidad de una regulación normativa que permita solventar las cuestiones complejas susceptibles de plantear la maternidad de alquiler como es el divorcio de la pareja solicitante durante el embarazo.

En 2007 la pareja japonesa Ikufumi y Yuki Yamada contrataron una madre de alquiler en India. Ella sería el vientre de alquiler y aportaría los óvulos y el padre, Ikufumi, aportaría su material genético. Antes de que la niña naciera, sin embargo, los Yamada se divorciaron y la ex señora Yamada ya no quería a la niña, que no era biológicamente suya. Su padre si la quiso, pero la ausencia de una ley india para niños nacidos de una madre de alquiler se lo impidió. La única opción para él sería adoptarla, pero no podía en razón de una ley india de la época colonial que prohíbe a los hombres solteros adoptar niñas. La ausencia de regulación significó que la bebé Manji se convirtió en la primera "huérfana sustituta " de la India hasta que el padre finalmente pudo adoptarla luego de varios meses, después que intervino la Corte Suprema.

La decisión de la Corte Suprema de permitir la subrogación comercial en la India dio como resultado un aumento significativo de la confianza internacional en los vientres de alquiler en la India. Sin embargo, con la novedad también llegaron los problemas legales.

En el año 2009 la ciudadana Noruega Kari Ann Volden visitó la clínica de infertilidad Rotunda en el barrio residencial de Bandra (Bombay). Allí fue implantado en el útero de una madre india un embrión surgido de una donación de óvulos y de una donación de esperma. Nueve meses después de su viaje a Rotunda, el vientre de alquiler de Volden dio a luz a dos gemelos chicos. Volden regresó a Bombay para recoger a sus bebés y llevárselos a casa.

Noruega concede la ciudadanía a los bebés nacidos en el extranjero cuya madre o padre sean noruegos. Sin embargo, los vientres de alquiler son ilegales en Noruega, al igual que en otros muchos países europeos, y el gobierno noruego considera que las madres

que dan a luz a un hijo, independientemente de quién sea el óvulo, son las madres, de acuerdo con la Dirección Noruega de Inmigración.

En este caso, ni el útero ni el óvulo pertenecen a Volden. Además, la ciudadana noruega utilizó espermatozoides donados y por tanto no se puede establecer que el padre está nacionalizado o reside en Noruega. Para la ley noruega, la mujer india que se utilizó como madre de alquiler es la madre de los gemelos y por lo tanto no se puede establecer que los gemelos reúnen los requisitos para tener la ciudadanía noruega. La India por su parte reconoce como madre a Volden y por tanto los gemelos no tienen la nacionalidad india. Los gemelos son ciudadanos apátridas, viven en un limbo legal. Para gestionar este tema y evitar futuras batallas legales, el ministro de salud de la India está tratando de aprobar una ley, llamada Reglamento sobre Tecnología de Reproducción Asistida Proyecto de Ley – 2010, que regule la industria de vientres de alquiler. El proyecto de ley está actualmente pendiente de la aprobación del ministerio.

Otro caso más reciente, tiene lugar en el año 2012, cuando la ciudadana de nacionalidad Argentina Elsa Saint Girons y su esposo de origen Español Juan Antonio González, tuvieron una niña en Nueva Delhi después de nueve años de inútiles intentos para procrear. Así, el pasado 16 de mayo de 2012, Cayetana nació en el hospital delhi Fortis La Femme, que tras comprobar el contrato de subrogación estableció como padre a González, fuente de los espermatozoides que fecundaron el óvulo, y como madre a su esposa Elsa.

Hoy en día ninguno de los tres países otorga la nacionalidad a la niña a falta de una ley que regule los vientres de alquiler. Para el Estado indio, la niña no es india por ser hija de padres extranjeros. Sin embargo, cuando intentaron anotarla en la embajada de España se encontraron con la negativa de las autoridades de inscribirla como hija de la pareja, alegando la invalidez de la partida de nacimiento de la niña puesto que, pese a estar respaldada por la preceptiva compulsiva de la Convención de la Haya, no recoge la identidad de la madre gestante. Ante esto la pareja intentó inscribirla en la embajada Argentina, ya que al mujer tiene doble nacionalidad, pero dada la residencia actual de la pareja en España las autoridades argentinas también se negaron.

Recientemente, la oficina de inmigración india ha publicado nuevas directrices que dificultan a las parejas españolas practicar la subrogación en India. Las nuevas directrices requieren que los padres que practiquen la subrogación deban solicitar un visado médico especial. Este tipo de visado es expedido solo para las parejas que aporten la siguiente documentación:

- 1) Prueba de un matrimonio heterosexual de al menos 2 años;
- 2) Carta de la embajada del país extranjero que indica que el país reconoce la subrogación y que al recién nacido a través de la subrogación se le permitirá la entrada en el país;
- 3) Declaración jurada de los futuros padres de que van a cuidar a los hijos nacidos a través de alquiler de vientres;
- 4) Contrato legal entre los futuros padres y la madre de alquiler India;
- 5) Prueba de que el procedimiento se realizó en una clínica registrada y reconocida por el Consejo Indio de Investigación Biomédica;
- 6) Carta de la clínica afirmando que la compensación en total para la madre de alquiler India ha sido totalmente pagada según el contrato.

En este sentido recientemente los medios de comunicación se hacían eco de la situación de un matrimonio español retenido en la India con sus mellizos nacidos mediante gestación por sustitución como consecuencia del cambio operado en la legislación india en relación con la maternidad subrogada al no reunir toda la documentación requerida. Días más tardes, los medios de comunicación anunciaban el próximo regreso de la pareja y de los niños a España una vez adoptada solución calificada como “necesaria” en atención a la “enorme dimensión humana” del caso.

d) Estados Unidos.

En los Estados Unidos la situación varía mucho de unos estados a otros pudiendo agruparse los estados según que la maternidad subrogada esté prohibida (es el caso de Washington, Michigan, Utah, Arizona, Nuevo México o Nueva York) o permitida

(como Florida, California o New Jersey) si bien unos estados se muestran más flexibles que otros.

Los estados favorables a los vientres de alquiler contemplan tanto los contratos de subrogación comerciales como altruistas y ofrecen medios a los futuros padres para ser reconocidos como los padres legales del niño, si bien algunos de estos estados sólo ofrecen soporte a las parejas heterosexuales casadas.

California⁵⁷ es considerado el estado más liberal en tanto que cuenta con trámites más simples. La práctica no está regulada y el gobierno oficialmente no tiene política al respecto, a pesar de que California tiene algunos de los precedentes judiciales más sonoros en la protección de los derechos de los futuros padres.

El reconocimiento de la filiación requiere que, una vez celebrado el acuerdo de maternidad subrogada, la parte interesada inste el procedimiento judicial regulado en el *California Family Code*. Este procedimiento tiene por objeto establecer la filiación del nacido respecto de los dos miembros de la pareja comitente a partir de una sentencia que declara la filiación a su favor, extinguiendo la filiación respecto de la madre subrogada y de su marido si está casada. El *Judgment of Maternity and Paternity* (laudo de maternidad y paternidad) permite que el hospital y el ministro de archivos vitales pongan el nombre de los futuros padres en el certificado de nacimiento. Además, este laudo asegura que se otorgue la custodia del niño a los futuros padres después del parto en cuanto los médicos lo permitan. Dicho certificado debe inscribirse en la Oficina estatal de los registros vitales (The California Office of Vital Records) durante los diez días siguientes al nacimiento, junto con la sentencia que declara la filiación del nacido respecto de la pareja comitente. De lo contrario, la filiación del nacido se establecerá a favor de la madre subrogada y, si está casada, también a favor de su marido.

Este laudo elimina la necesidad de los procedimientos asociados a la adopción y reconoce legalmente la relación subrogada que se estableció entre ambas partes.

⁵⁷ Sobre el procedimiento para el establecimiento de la filiación en California, véase FARNOS AMOROS, E., “Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California. Cuestiones que plantea la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009”, *InDret Revista para el análisis del derecho*, n°1, 2010.

Además, el laudo de la maternidad y paternidad anula los derechos de los padres de la madre subrogada y su marido. El procedimiento es igual para cualquier tipo de subrogación si la madre suplente reside y da a luz en California.

En todo caso el derecho a aplicar en cada estado está determinado en su mayor parte en la interpretación hecha por los tribunales. En este sentido cabe destacar alguno de los casos más relevantes.

Uno de los primeros pronunciamientos en materia de gestación por sustitución tuvo lugar en el caso “*Baby M*”. En 1986 William y Elizabeth Stern contrataron a Mary Beth Whitehead para que engendrara un hijo con el esperma de él. El contrato plasmaba el compromiso, por parte de la madre gestante, de no crear una relación materno-filial con el bebe, y la obligación de abortar si de los test de amniocentesis resultaba que el feto presentaba anomalías. La contraprestación ofrecida era de 10.000 dólares. El 27 de marzo de 1986 se produjo el nacimiento de Baby M, pero la madre gestante, (además, dueña del óvulo) se negó a entregarla al matrimonio Stern y, el señor Whitehead procedió a reconocer a la niña como hija suya. La madre gestante aducía no poder desprenderse de su hija y, en efecto, un informe psiquiátrico determinó que el consentimiento otorgado al momento de suscribirse el contrato no había sido dado con pleno conocimiento de la situación y de las consecuencias que de ello derivarían. Asimismo, un estudio de su personalidad, determinó la presencia de ciertas connotaciones psicológicas que le impedirían desprenderse del bebe. El juez de New Jersey, que actuó en primera instancia, entregó la custodia de la niña al matrimonio Stern y determinó que el contrato era válido. Esta sentencia fue apelada por la madre gestante, procediendo el tribunal supremo del estado a la revocación del fallo, declarando la nulidad del contrato, equiparando la maternidad de alquiler a la venta de niños y declarándola ilegal en el estado de Nueva Jersey, aunque, mantuvo la tenencia a favor de los Stern alegando razones en virtud de las cuales estos podían proporcionar un hogar con mejores condiciones socio-económicas para Baby M. Diez años después, la Corte reconoció a Mary como madre biológica concediéndola un derecho de visita.

Otro caso destacable es de “*Jhonson vs Calvert*” en el Estado de California en 1993. Los Calvert no podían concebir a pesar de haberse sometido durante cinco años

tratamientos de fertilidad. Enterada de esta situación, la señora Johnson se ofreció a actuar como mujer gestante, firmando un acuerdo de maternidad subrogada que establecía que el embrión, creado con el material genético del matrimonio Calvert, sería implantado en la señora Johnson, y tras el nacimiento, el niño sería entregado a los Calvert, renunciando la señora Johnson a "todos sus derechos como madre" respecto del niño. Las relaciones entre la mujer gestante y los subrogantes se deterioraron. Tras el nacimiento del niño, y con pleitos judiciales de por medio, por decisión del Tribunal el bebé quedó temporalmente bajo la custodia de los Calvert, otorgándole un régimen de visitas a Johnson. A un mes del nacimiento, el juez de primera instancia resolvió que los Calvert eran el padre y la madre "genéticos, biológicos y naturales" y que el acuerdo de maternidad subrogada era válido y exigible. El juez también dio por finalizada la orden que permitía el régimen de visitas. La mujer gestante apeló la decisión, y la Cámara de Apelaciones primero y la Corte Suprema del Estado de California después, confirmaron el fallo, sosteniendo que el acuerdo de maternidad subrogada no es contrario al orden público, entre otras cosas, porque los pagos realizados en el acuerdo tenían como objetivo compensar a la mujer gestante durante la gestación y no compensarla por renunciar a sus derechos de madre respecto del niño; en ningún momento se consideró al niño como una mercancía y el interés superior del menor no se encontraba vulnerado; negarle valor a este tipo de acuerdos impide la libertad de la mujer gestante; y el hecho del parto no establece la maternidad, sino que la intención expresa de las partes fue traer un niño al mundo a favor de los Calvert, y esta es la causa eficiente del acuerdo. La Corte destacó también que la función de la mujer gestante fue necesaria para causar el nacimiento del niño, asegurando que esta mujer no hubiera tenido oportunidad de gestar o de dar a luz el niño si antes de la implantación del cigoto hubiera manifestado su intención de ser la madre del niño. La maternidad se estableció no por el hecho del parto ni por la realidad genética sino por la intención de tener el niño (es la denominada teoría de la intención). Si la maternidad genética y gestacional no coinciden en una misma mujer, madre es la que tuvo la voluntad de traer un hijo al mundo y criarlo como propio.

En el mismo sentido, también resuelto por la Suprema Corte de California de 1998, cabe recordar el caso "*Buzzanca vs Buzzanca*". El matrimonio Buzzanca solicitó los

servicios de una madre sustituta a la que se le implantó un embrión concebido con gametos anónimos. Un mes antes de que naciese la hija concebida por este método, el matrimonio se divorció. Ante la nueva situación el matrimonio Buzzanca quiso renunciar a los derechos de paternidad que pudieran corresponderle. La madre gestante demandó al matrimonio, ahora divorciado, para que cumpliesen el acuerdo y se hicieran cargo de la niña. Tanto los jueces de primera instancia como los de apelación llegaron a la conclusión de que ninguna de las dos mujeres podía ser considerada madre legal de la niña. La decisión se basaba en el Uniform Parentage Act, sección 7610, que según entendían los magistrados, exige que la madre legal sea progenitora del nacido y haya dado lugar al nacimiento del mismo. Sólo tres años después se resolvió (hasta tanto la niña permaneció confiada a los servicios sociales) declarando la paternidad del anterior matrimonio y ello “con base en el principio de que la paternidad legal puede establecerse por las personas que hayan iniciado un procedimiento o consentido en que éste se inicie con el fin de tener un hijo, incluso en el caso de que el nacido no tenga ninguna relación genética con los comitentes”.

Distinta es la posición el Tribunal de California en el *Caso del Matrimonio Moschetta* en 1994 que resuelve una demanda de divorcio interpuesta por Cynthia Moschetta en la que se solicitaba el establecimiento en su favor de la filiación materna de la niña nacida durante el matrimonio y concebida a partir del espermatozoides del entonces marido de la demandante (Robert Moschetta) y de los óvulos de la madre subrogada Elvira Jordan, una hispana que recibió un millón de pesetas por concebir el hijo del matrimonio californiano renunciando a sus derechos a favor de los Moschetta. El Tribunal de apelaciones de California declaró padres de la menor al marido de Cynthia Moschetta y a la madre subrogada quien también se había personado en el procedimiento reclamando el establecimiento de la maternidad a su favor. La juez reconoce que la madre de alquiler actuó en interés de su hija al permitir, una vez descubierta la intención de los Moschetta de separarse al poco tiempo del nacimiento de la niña, que el matrimonio contratante se llevara a su casa el bebé a condición de que permanecieran casados al menos un año y asistieran a sesiones de terapia para solventar sus problemas matrimoniales. Cynthia Moschetta, quien no tenía relación biológica con el bebé, sólo obtuvo derechos de visita.

11.- Conclusiones

1. Desde la década de los 70, los avances científicos y tecnológicos han permitido el desarrollo de las técnicas de reproducción humana asistida como una solución para el problema de la esterilidad humana, cobrando especial interés la gestación por sustitución que, con apoyo en dichas técnicas y propiciada por el actual contexto social (reconocimiento de derechos a parejas homosexuales, nueva configuración de la familia, etc.), ha llegado a convertirse en un fenómeno global de alcance internacional, ampliando su ámbito subjetivo a personas que ni siquiera padecen el problema de la esterilidad (parejas homosexuales, mujeres solas, hombres solos, etc.)

2. La gestación por sustitución, que puede definirse como aquella práctica en virtud de la cual, una mujer, a través de un acuerdo, con o sin precio, se compromete a gestar un bebé con el fin de entregarlo después del parto a aquella o aquellas personas que van a ser sus padres, biológicos o no, renunciando ella a su filiación, no sólo trastorna el orden natural de la procreación, que postula la unidad del sujeto de las operaciones fundamentales que se desarrollan en la generación humana: la concepción y la simultánea gestación, sino que además pone en cuestión la máxima del derecho romano “*mater semper certa est*” en virtud del cual se entiende que la maternidad es un hecho biológico evidente en razón del embarazo, por lo que no se puede impugnar.

3. La gestación por sustitución genera una gran controversia desde un punto de vista social, ético, biomédico y jurídico. De las críticas efectuadas a su práctica cabe destacar las relativas al ánimo lucrativo y al atentado contra la dignidad de la persona. El ánimo lucrativo en la práctica de la gestación por sustitución puede derivar en una explotación de las mujeres con menores recursos económicos, hallándose estas en una situación de mayor vulnerabilidad, facilitando por otro lado el acceso a la paternidad a aquellas personas que gozan de mayor disponibilidad económica. Consecuentemente, el contexto socioeconómico resulta fundamental a la hora de valorar las circunstancias que rodean la práctica de la maternidad subrogada. Es difícil defender que el acceso a esta práctica por parte de mujeres con escasos recursos económicos reside en la libertad de la mujer de utilizar su cuerpo en la forma que considere adecuada, algo que sin embargo sí podría predicarse de mujeres que se someten a esta práctica en los países desarrollados.

Junto al elemento económico, la dignidad de la persona y el derecho a la integridad moral se alzan como los principales argumentos para rechazar la práctica de la gestación por sustitución. Así, la utilización de esta práctica atenta contra la dignidad de la mujer al transformarse su integridad física, no en un fin, sino en un medio por el que satisfacer los intereses de terceros. Del mismo modo, se vulneraría el derecho a la integridad moral del menor al saberse engendrado por una mujer que nunca lo quiso para sí.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe señalar que el rechazo a la gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico acabó por imponerse no tanto por los problemas éticos que planteaba sino por los problemas legales que se pudiesen plantear como pudieran ser reclamaciones de las madres subrogadas, posibles renunciaciones a los hijos encargados, etc.

4. La gestación por sustitución se enmarca en la legislación sobre técnicas de reproducción humana asistida, en tanto que se apoya en las dos técnicas de reproducción humana asistida más comunes, esto es, en la inseminación artificial y en la fecundación in vitro, si bien a diferencia del uso aislado de estas técnicas, en las que la voluntad de ser madre pertenece siempre a la mujer gestante, en la gestación por sustitución la voluntad de ser madre queda dissociada de la gestación.

5. El artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida declara la nulidad de pleno derecho de aquel contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. Consecuentemente, la filiación de los hijos nacidos por gestación por sustitución será determinada por el parto, de modo que la mujer que da a luz en virtud de un contrato de gestación por sustitución será la madre legal con independencia de quien haya aportado el material biológico. De ello se desprende la prevalencia que el legislador español da a la maternidad de gestación sobre la maternidad genética basándose para ello en la estrecha relación psicofísica que une a la madre con el futuro descendiente durante los 9 meses de embarazo, posición ésta que ya se puso de manifiesto en la Exposición de Motivos de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida, ley pionera en Europa que permitió a España colocarse a la cabeza del desarrollo de la reproducción asistida.

6. La Ley prevé la posibilidad de atribuir la paternidad del nacido mediante la técnica de la gestación por sustitución por los medios ordinarios regulados en los artículos 764 y siguientes de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, permitiendo el ejercicio tanto de la acción de reclamación de la paternidad correspondiente al hijo como la de reclamación por parte del padre biológico de la filiación paterna, de lo que se desprende que en la regulación que la Ley otorga a la gestación por sustitución, el miembro de la pareja estable no aparece como donante, y ello en virtud de la exigencia de anonimato de la donación de gametos y preembriones exigida por la Ley 14/2006, de 26 de mayo, que impide la investigación de la paternidad.

7. Pese a estar expresamente prohibida por nuestro ordenamiento jurídico, el creciente interés por la gestación por sustitución ha provocado un incremento de las agencias y bufetes de abogados especializados que actúan como intermediarios con agencias de países en los que su práctica es legal, fomentando el traslado de españoles a otros países en que la práctica de la gestación por sustitución es legal, lo que plantea diversos problemas jurídicos, fundamentalmente en lo relativo a la inscripción de los menores en el Registro Civil Español. Cabe apuntar que ésta situación no se produce solamente en España, sino que tiene un alcance internacional, debido fundamentalmente a la dispar regulación de la gestación por sustitución existente, ello teniendo en cuenta además, que la mayor parte de los países ni siquiera la regulan.

8. Con la finalidad de dotar de plena protección jurídica el interés superior del menor, por la Dirección General de Registros y Notariado se dictó la Instrucción de 5 de octubre de 2010 que permite la inscripción en el Registro Civil español del nacimiento de un menor nacido en el extranjero como consecuencia de técnicas de gestación por sustitución siempre que junto a la solicitud de inscripción se presente la resolución judicial dictada por el Tribunal competente del país extranjero en la que se determine la filiación del nacido. Cabe preguntarse hasta qué punto esta Instrucción deja inaplicable el precitado artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, al permitir que una práctica prohibida en España pero llevada a término en el extranjero, produzca efectos jurídicos en nuestro país. ¿Justifica el fin los medios? Es decir, ¿Justifica el interés superior del menor el quebrantamiento de la norma? En cualquier caso, ésta es una opción a la que sólo las personas pudientes pueden acceder. ¿No es acaso la maternidad un derecho?

9. Una vez inscrito en el Registro civil el nacimiento de un menor nacido en el extranjero como consecuencia de técnicas de gestación por sustitución, uno de los principales problemas que se plantea es el reconocimiento de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social que el nacimiento del hijo puede generar. La problemática que presenta en este caso la gestación por sustitución es, por un lado, que no aparece contemplada entre los supuestos previstos en el artículo 133 bis del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, como situación protegida a efectos de la prestación por maternidad, y por otro lado, que el contrato de gestación por sustitución es nulo de pleno derecho siendo la filiación de los hijos nacidos por gestación por sustitución determinada por el parto. Sin perjuicio de lo anterior, las últimas sentencias en la materia optan por proteger al máximo el interés de la familia y del menor, flexibilizando las posibles situaciones de disfrute de la prestación por maternidad, más allá de los supuestos inicialmente contemplados en el texto de la ley, atendiendo para ello al objeto de la prestación por maternidad que no es otro que la atención del menor y al estrechamiento de los lazos maternos-paternos-filiales, a la nueva configuración de la familia y en aplicación del principio de igualdad.

10. Ante el rápido crecimiento de los acuerdos internacionales de maternidad subrogada, en marzo de 2012, la Conferencia de derecho internacional privado de la Haya elaboró el “Informe preliminar sobre los problemas derivados de convenciones alternativas de maternidad de carácter internacional” que analiza los problemas que plantean los contratos de maternidad subrogada de carácter internacional, proponiendo la adopción de un instrumento internacional que permita el establecimiento de un marco de cooperación entre autoridades que favorezca el reconocimiento de las filiaciones válidamente determinadas en un Estado que admita esta forma de gestación por sustitución en otro Estado cuyo ordenamiento prohíba esta práctica, mediante la asunción de la doctrina del orden público atenuado para las situaciones legalmente creadas en el extranjero. Esta medida no sólo evita la duplicidad de procesos en los distintos estados, sino que además favorece la seguridad jurídica internacional.

11. La dispar regulación de los derechos nacionales unida al fenómeno del “turismo reproductivo” plantea una serie de problemas jurídicos de carácter internacional que

precisan para su solución no sólo de soluciones internas en el ámbito de cada Estado, sino de soluciones globales, siempre con especial atención a la protección del interés superior del menor. Todo ello teniendo en cuenta además el asincronismo entre la Ciencia y el Derecho, avanzando aquella siempre por delante de éste, quien ha de transformarse continuamente para adaptarse a una realidad social en constante cambio. Es necesaria una adaptación del Derecho interno de los Estados y del Derecho Internacional a esta nueva realidad, al fenómeno global de la maternidad subrogada.

12.- Bibliografía

ALCORTA IDIAQUEZ, I., “Los derechos reproductivos de las españolas. En especial, las técnicas de reproducción asistida”, *Derecho y Salud*, Vol. 11, nº. 1, enero-junio de 2003, pp. 165-178.

AMADOR JIMENEZ, M., “Sobre Biopolíticas y Biotecnologías: Maternidad subrogada en India”, *Revista CS*, nº. 6 (Tema: "Ciencia, Tecnología y Sociedad"), 2010, pp. 193-217.

BAFFONE, C., “La maternidad subrogada: una confrontación entre Italia y México”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLVII, número 137, mayo-agosto de 2013, pp. 441-470

BARBER CÁRCAMO, R., “Reproducción asistida y determinación de la filiación”, *REDUR* 8, diciembre de 2010, pp. 25-37

BENÍTEZ ORTUZAR, I.F., “Delitos relativos a la reproducción asistida” en VIDAL MARTÍNEZ, J. (Coord.), BENÍTEZ ORTUZAR, J y VEGA GUTIERREZ, A.M, *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida*, Comares, Granada 1998, pp.153-236

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Hijos made in California”, *Aranzadi civil: revista doctrinal*, nº 1, 2009, pp. 2117-2119.

BERROCAL LANZAROT, A.I., “De nuevo sobre la reproducción humana asistida en España. Análisis jurídico-sanitario de la Ley 14/2006, de 26 de mayo (2ª parte)”, *Revista de la Escuela de Medicina Legal*, nº. 9 (octubre), 2008 , pp. 22-42.

CALVO CARAVACA, A.L y 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. 294-319.

CALVO CARAVACA, A.L y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010 sobre Régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2011), vol. 3, nº 1, pp. 247-262.

CAMPO MARTIN, A. (Dir.): *Libro Blanco Sociosanitario. La infertilidad en España: Situación actual y perspectivas*, Madrid, 2011

CERDÁ SUBIRACHS, J., “La insostenible legalización de facto de la maternidad subrogada en España. A propósito de la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la DGRN”, *Abogados de familia*, nº 60, segundo trimestre de 2011.

Disponible en:

<http://www.legaliberoamericana.com/attachments/File/Lainsostenibl.pdf>.

Con acceso el 19 de agosto de 2013.

DIEZ SOTO, C.M., “Usuarios de las técnicas” en LLEDO YAGÜE, F., OCHOA MARIETA, C. y MONJE BALMASEDA, O, *Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida*, DYKINSON S.L, Madrid 2007, p. 107.

FÁBREGA RUIZ, C.F., *Biología y Filiación. Aproximación al estudio jurídico de las pruebas biológicas de paternidad y de las técnicas de reproducción asistida*, Comares, Granada 1999.

FARNOS AMOROS, E., “Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California. Cuestiones que plantea la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009”, *InDret Revista para el análisis del derecho*, nº1, 2010.

FERNANDEZ-SANCHO TAHOCES, A.S., “Eficacia jurídico registral del contrato de gestación subrogada”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 6, 2011, pp. 127-146.

FERRER VANRELL, M.P., “Gestación por sustitución. Comentario jurídico” en LLEDÓ YAGÜE, F. (Dir. Jur.), OCHOA MARIETA, C. (Dir. Científico) y MONJE BALMASEDA, O. (Coord.) *Comentarios Científico-Jurídicos a la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida* (Ley 14/2006, de 26 de mayo), DYKINSON, S.L, Madrid, 2007. Pp. 159-166

GARCIA PEREZ, C.L., “Gestación por sustitución” en COBACHO GÓMEZ, J.A. (Dir.) y INIESTA DELGADO, J.J. (Coord.) *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Aranzadi S.A., Navarra, 2007. Pp. 353-394

GARCIA RUIZ, Y., *Reproducción humana asistida. Derecho, conciencia y libertad*, Comares, Granada, 2004.

HERNANDEZ RAMIREZ, A. y SANTIAGO FIGUEROA, J.L., “Ley de Maternidad Subrogada del Distrito Federal”, *Boletín Mexicano de derecho comparado*, nueva serie, año XLIV, n° 132, septiembre-diciembre de 2011, pp. 1335-1348.

Disponible en:

<http://www.redalyc.org/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=42721148011>.

Con acceso el 19 de agosto de 2013.

HIERRO HIERRO, F.J., “Gestación por sustitución y prestación de maternidad”, *Aranzadi Social: Revista doctrinal*, Vol. 5, n° 6 (octubre), 2012, pp. 53-59.

HUALDE MANSO, T., “De nuevo sobre la filiación de los nacidos mediante gestación contratada”, *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, Vol. 1, n° 10 (febrero), 2012, pp. 35-47.

LAMM, E., “Gestación por sustitución. Realidad y Derecho”, *InDret Revista para el análisis del Derecho*, Vol. 3, 2012.

Disponible en:

http://www.indret.com/pdf/909_es.pdf.

Con acceso el 19 de agosto de 2013.

LASARTE ÁLVAREZ, C., “La reproducción asistida y la prohibición legal de maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria”, *Diario La Ley*, nº 7777, 17 de enero de 2012.

Disponible en:

[http://193.146.160.29/gtb/sod/usu/\\$UBUG/repositorio/10320139_Lasarte.pdf](http://193.146.160.29/gtb/sod/usu/$UBUG/repositorio/10320139_Lasarte.pdf).

Con acceso el 19 de agosto de 2013.

LÓPEZ GUZMÁN, J. y APARISI MIRALLES, A., “Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada”, *Cuadernos de Bioética*, XXIII, 2012/2ª, pp. 253-267.

PÉREZ VAQUERO, C., “Diez claves para conocer los vientres de alquiler”, *Noticias Jurídicas*, diciembre de 2010.

Disponible en:

<http://noticias.juridicas.com/articulos/00-Generalidades/201012-8941256875258.html>.

Con acceso el 19 de agosto de 2013.

QUIÑONES ESCAMEZ, A., “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. En torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009”, *InDret Revista para el análisis del derecho*, nº 3, 2009

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

RUIZ SAÉNZ, A., “Gestación por sustitución: problemática jurídica de los vientres de alquiler” en PALOMAR OMEDA, A. y CANTERO MARTÍNEZ, J. (Dir.), *Tratado de Derecho Sanitario*, Volumen II, Ed. Aranzadi, 2013.

SALAS CARCELLER, A., “El registro civil español y la filiación surgida de la gestación por sustitución”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº. 10, 2010 , pp. 9-14.

SÁNCHEZ ARISTI, R., “La gestación por sustitución: dilemas éticos y jurídicos”, *Humanitas Humanidades Médicas* (Tema del mes on line). Nº. 49, abril de 2010.

Disponible en:

http://www.fundacionmhm.org/www_humanitas_es_numero49/revista.html.

Con acceso el 19 de agosto de 2013.

SELMA PENALVA, A., “Vientres de alquiler y prestación de maternidad”, *Revista doctrinal Aranzadi Social*, nº 9, 2013, pp. 223-244.

SOUTO GALVÁN, B., “Aproximación al estudio de la gestación de sustitución desde la perspectiva del Bioderecho”, *Foro, Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva Época*, nº. 1/2005, pp. 275-292.

VARELA AUTRÁN, B., “La protección social de la maternidad no biológica”, *Aranzadi Social: Revista doctrinal*, Vol. 6, nº. 1 (abril), 2013, pp. 153-160

VELA SÁNCHEZ, A., “La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler. Cuestiones que suscita la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, *Diario La Ley*, nº 7608, 11 de abril de 2011.

Disponible en:

http://www.larioja.org/upload/documents/680423_DLL_N_7608-2011.La_gestacion_por_sustitucion_o_maternidad_subrogada.pdf.

Con acceso el 19 de agosto de 2013.

VELA SÁNCHEZ, A., “Propuesta de regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España. El recurso a las madres de alquiler (1): a propósito de la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010”, *Diario La Ley*, nº 7621, de 3 de mayo de 2011.

Disponible en:

http://www.larioja.org/upload/documents/680931_DLL_N_7621-2011.Propuesta_de_regulacion.pdf.

Con acceso el 19 de agosto de 2013.

VIDAL MARTÍNEZ, J., “La regulación de la reproducción humana asistida en el derecho español” en VIDAL MARTÍNEZ, J. (Coord.), BENÍTEZ ORTUZAR, J y VEGA GUTIERREZ, A.M, *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida*, Comares, Granada 1998, pp. 53-151.