



Universidad  
de La Laguna  
Facultad de Derecho



Grado en: Derecho

Facultad de Derecho

Universidad de La Laguna

Curso 2014 / 2015

Convocatoria: Septiembre

# **La gestación por sustitución en el ordenamiento jurídico español**

## **Spanish legislation on surrogacy**

Realizado por el alumno Dña. María González Llanos.

Tutorizado por el Profesor D. Carlos Trujillo Cabrera

Departamento: Disciplinas Básicas

Área de conocimiento: Derecho Civil.

## ABSTRACT

The present paper deals with the surrogacy current status in Spain. Despite being forbidden by law, it is a technique that has been growing in use by citizens all over the world. Many spaniards have been forced to travel to the United States in order to use surrogacy as a way to become parents; by that reason, jurisprudence and doctrine has been established about how to enroll child born trough surrogacy but with Spanish parents. Doubts has raised about how to legally assign parenthood in this kind of situations, and about what requirements have to be fulfilled in order to do so. Some specialists plead for an adequate surrogacy regulation in our country, and have made their own approach to the issue"

## RESUMEN

El presente trabajo analiza la situación actual en la que se encuentra el uso de la gestación por sustitución (comúnmente conocida como vientres de alquiler) en España. Aunque está prohibida por Ley, se trata de una técnica que cada vez es más utilizada por ciudadanos de diferentes regiones del mundo. Muchos españoles han acudido a Estados Unidos para ser padres mediante el empleo de la misma, lo que ha dado lugar a que surja jurisprudencia y doctrina sobre la inscripción de los niños nacidos mediante el uso de un vientre de alquiler y que tienen padres españoles. Se plantea la duda acerca de la atribución jurídica de la maternidad y la paternidad a este tipo de supuestos y los requisitos que se deben cumplir para poder utilizarla. También hay especialistas que abogan por una regulación adecuada de la maternidad subrogada en nuestro país, y que han realizado propuestas de regulación de la materia.

## ÍNDICE

### **1. INTRODUCCIÓN**

- 1.1. Aproximación a la gestación por sustitución**
- 1.2. Origen histórico**
- 1.3. La gestación por sustitución desde el punto de vista de la sociedad**
- 1.4. Situación actual**

### **2. REGULACIÓN EN ESPAÑA**

- 2.1. Antecedentes normativos**
- 2.2. Regulación actual**

### **3. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN EL DERECHO COMPARADO**

### **4. TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL NACIONAL E INTERNACIONAL**

- 4.1. Jurisprudencia española**
- 4.2. Jurisprudencia comunitaria**

### **5. RELACIONES CONTRACTUALES EN EL PROCESO DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN**

- 5.1. Atribución jurídica de la maternidad/paternidad a los supuestos de maternidad subrogada**
- 5.2. Obligaciones de los equipos médicos**
- 5.3. Relación jurídica entre la empresa y los padres comitentes**

### **6. PROPUESTAS DE REGULACIÓN**

### **7. CONCLUSIÓN**

### **8. BIBLIOGRAFÍA**

## 1. INTRODUCCIÓN.

### 1.1. Aproximación a la gestación por sustitución

Los avances científicos en materia reproductiva han supuesto un gran desafío para el Derecho. Ya no se puede hablar sólo de filiación biológica, entendida como la relación que existe entre padres e hijos, sino de otras, como la filiación adoptiva o la no biológica. En este último supuesto, se incluyen varias técnicas de reproducción por las que se puede obtener descendencia y que se encuentran reguladas en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

Dentro de esta última forma de filiación no biológica se sitúa la maternidad subrogada, gestación por sustitución o, como coloquialmente se la conoce, vientres de alquiler. Aunque expresamente el artículo 10 de la citada ley convierte en nulo de pleno derecho cualquier contrato en el que se acuerde este tipo de gestación, lo cierto es que en nuestro país cada vez son más los casos de personas que recurren a esta técnica de reproducción asistida, debido a las facilidades que presenta en comparación con otras<sup>1</sup>. Debe tenerse en cuenta que adoptar por una persona soltera es cada vez más complicado y que las parejas del mismo sexo, sobre todo las formadas por dos hombres, no pueden acceder a técnicas como la inseminación artificial<sup>2</sup>.

Se puede definir la gestación por sustitución como un “*supuesto especial de reproducción asistida, por el cual una mujer, mediante contraprestación o sin ella, se compromete a gestar un bebé (concebido artificialmente), para que otras personas puedan ser padres, biológicos o no*”<sup>3</sup>. Existen diferentes modalidades de esta técnica:

- Casos en los que existen padres genéticos, es decir, los padres que realizan este tipo de contrato aportan su material genético ya fecundado que se introduce en la madre gestante, que se presta a engendrarlo.
- Casos en los que se recurre a un tercero para que aporte el material genético, que posteriormente será introducido en la madre sustituta.
- Casos en los que la mujer gestante aporta material genético, junto con el esperma de uno de los miembros de la pareja. En este caso la mujer gestante será también la madre genética.

La gestación por sustitución se admite en otros países como Canadá, muchos estados de Estados Unidos, India, etc. Acudiendo a la diversa regulación que se hace sobre este

<sup>1</sup> <http://bit.ly/1KgYCy5> (última visita: 06/05/15).

<sup>2</sup> <http://bit.ly/1H0yASg> (última visita: 20/05/15)

<sup>3</sup> Vela Sánchez, Antonio J. *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*. Editorial Comares. Granada 2012. Página 13.

tema en las citadas regiones, puede mencionarse como común a todas ellas la necesidad de realizar un convenio regulador entre las partes que suscribirán este contrato. El contenido fundamental que debe tener este convenio es la siguiente<sup>4</sup>:

- Necesidad de formalización en documento público. Es importante que el contrato se realice ante notario, y que se especifiquen todas las condiciones a las que se someten las partes contratantes, dejando constancia de si hay o no contraprestación.
- Prestación del consentimiento. Incluye tanto el prestado en la inseminación artificial que se va a realizar como el que otorga la mujer gestante, que debe ser libre y voluntario.

Son diversas las regulaciones que existen sobre la prestación del consentimiento. Por un lado, hay legislaciones como la rusa o la francesa en la que se permite la revocación del consentimiento por parte de la mujer gestante y otras como la mejicana o la ucraniana en la que no hay posibilidad de revocar el consentimiento previamente prestado<sup>5</sup>.

El consentimiento es un tema controvertido, puesto que la mujer gestante ha firmado un contrato que debería cumplir una vez ha tenido al niño entregándolo a los padres comitentes. Conceder la posibilidad de revocar el consentimiento generaría una inseguridad en los padres comitentes que no acabaría hasta el momento de la entrega del menor. Puesto que uno de los requisitos para ser mujer gestante suele ser haber tenido previamente otro hijo, el hecho de que el consentimiento sea irrevocable, no debería ser considerado como una situación de desprotección para la mujer gestante.

- Derechos y deberes de las partes contratantes. En este caso son numerosos los requisitos que contemplan las diversas regulaciones que deben cumplir las partes que desean realizar este contrato. Por ejemplo, las legislaciones rusas y ucranianas excluyen a las parejas de hecho, por lo que es imprescindible el matrimonio. Tampoco permiten realizar el convenio a las personas solteras.

Además, también es fundamental que la mujer gestante cumpla una serie de condiciones, que fundamentalmente tienen carácter sanitario, para poder tener una relativa garantía en el período de gestación. Algunos de estos requisitos son<sup>6</sup>:

---

<sup>4</sup> Vela Sánchez, Antonio J. *op. cit.* Página 74 y siguientes.

<sup>5</sup> Vela Sánchez, Antonio J. *op. cit.* Página 79 y siguientes.

<sup>6</sup> Vela Sánchez, Antonio J. *op. cit.* Página 89 y siguientes.

- Edad: hay países en los que establecen edades mínimas y máximas. Un ejemplo, es la legislación rusa, en la que se requiere que la mujer gestante tenga una edad comprendida entre 20 y 35 años.
- Necesidad de tener al menos un hijo propio sano: exigido en Ucrania para suavizar el sentimiento de dolor que se puede crear en la madre portadora, al separarse del bebé tras el nacimiento. Sin embargo, esto no es necesario en otros países como Canadá, México o Brasil.
- Posibilidad de realizar el convenio un máximo de dos veces: con ello se pretende impedir la profesionalización de la función de madre subrogada.
- Puede ser una mujer extraña a los contratantes o pariente colateral o por afinidad: cuando la madre subrogada sea pariente de la contratante, se prevé que el material reproductor aportado debe ser no común, para evitar filiaciones incestuosas. Muchas legislaciones prefieren que exista una relación de parentesco entre las partes, aunque no suele ser un requisito indispensable.
- Derecho a una indemnización por los gastos de embarazo y parto: existen regulaciones como la canadiense, la brasileña o la mejicana, en las que este contrato es gratuito, por lo que la madre gestante no puede recibir ninguna remuneración. En cambio, en otros lugares como Estados Unidos existe una contraprestación por los servicios prestados. Lo que sí es común a todas estas legislaciones es la necesidad de cubrir todos los gastos que se generen desde la transferencia de embriones hasta la recuperación de la mujer gestante, una vez se ha producido el parto.
- Necesidad de asumir las consecuencias que pueden producir un embarazo y un parto: los contratos suelen contener estipulaciones en las que la madre gestante se obliga a no beber alcohol, no fumar, etc. Pero también es posible incluir la realización de un contrato de seguro que cubra el fallecimiento o incapacidad de la madre gestante.
- Constancia del origen biológico del hijo: en el convenio se deben recoger los datos de todas las personas que suscriben el contrato, para garantizar el acceso de los nacidos a conocer sus orígenes biológicos.

Nuestro ordenamiento jurídico recoge en el artículo 5 de la Ley sobre técnicas de reproducción asistida, la obligación de que la donación sea anónima. Sin embargo, la LTRHA establece la posibilidad de revelar los datos del donante, cuando se den alguna de las siguientes circunstancias:

- La presencia de circunstancias extraordinarias que supongan un peligro para la salud o la vida del hijo o cuando se revele la identidad conforme a las leyes procesales penales.
- Que la revelación de la identidad sea el medio necesario para evitar el peligro o conseguir el fin legal propuesto<sup>7</sup>.

- Demás condiciones que se puedan presentar como la muerte del feto, la aparición de discapacidades, etc.

Todos estos presupuestos deben ser recogidos en el convenio regulador de la gestación por sustitución. Aunque han sido recopilados por la doctrina<sup>8</sup> teniendo en cuenta las diferentes regulaciones que existen sobre la maternidad subrogada en el mundo, podrían ser tenidos en cuenta a la hora de recoger una futura legislación sobre esta materia en España. Existen autores que consideran necesario regularizar esta materia, amparándose para ello en los artículos 10 y 14<sup>9</sup> de la Constitución Española, que versan sobre el libre desarrollo de la personalidad y la necesidad de evitar la discriminación.

Con respecto al desarrollo de la libre personalidad, son muchos los que consideran que ser padres y formar una familia es un derecho que tienen recocidas todas las personas y que está amparado por la Constitución Española, por lo que se debería velar porque sea posible lograrlo, regulando la gestación por sustitución como una técnica más, que complemente a las que ya existen en nuestro ordenamiento jurídico.

En relación con la necesidad de evitar la discriminación, se argumenta que las parejas homosexuales formadas por dos hombres no tienen ninguna posibilidad de ser padres biológicos, por lo que acudir a la gestación por sustitución es la única vía posible que tienen para poder serlo. Esto es un motivo de discriminación para parejas que deben

---

<sup>7</sup> Cobacho Gómez, José Antonio. *Comentarios a la Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre técnicas de Reproducción Humana Asistida*. Editorial Aranzadi. Navarra 2007. Página 152.

<sup>8</sup> Ver, entre otros, Vela Sánchez, Antonio J. *op. cit.* Página 127 y siguientes.

<sup>9</sup> Artículo 10.1. “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.

Artículo 14: “los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

tener los mismos derechos que aquellas que están formadas por mujeres y que sí pueden recurrir a otras técnicas de reproducción asistida para ser madres o las parejas heterosexuales que también disponen de diversos mecanismos para ello.

## 1.2. Origen histórico<sup>10</sup>.

El antecedente más cercano a lo que actualmente entendemos como gestación por sustitución se remonta al año 1985, cuando se publicó en un periódico de California un anuncio en el que se buscaba un vientre de alquiler. De ahí surgió el primer problema que acabó en los tribunales de justicia americanos, ya que la madre que gestó a la niña se negó a entregarla cuando nació; es el caso de “Baby M”<sup>11</sup>.

En el año 1985, el matrimonio Stern realizó un contrato con Mary Whithead, para que gestara a un bebé que fue concebido con material genético del marido. En el contrato realizado, la madre portadora se obligaba a abortar si el feto presentaba anomalías o a llevar el embarazo a término si no se producía ningún problema. Una vez se produjera el parto, debía entregar el bebé, sin derecho a mantener ninguna relación materno filial, a cambio de 10.000 dólares. Lo que ocurrió fue que la madre gestante se negó a entregar el recién nacido y su marido lo reconoció como propio. Al llegar a los tribunales, el juzgado de primera instancia le dio la razón al matrimonio Stern entregándoles custodia del menor, ratificando así la validez del contrato realizado. Posteriormente, el Tribunal Supremo falló que el contrato era nulo, aunque mantuvo la custodia que tenía el matrimonio. Finalmente, pasados diez años, se reconoció a Mary Whithead como la madre biológica y se le concedió un régimen de visitas.

El primer caso de gestación por sustitución dentro de una familia se produjo en Sudáfrica en el año 1987, donde una madre de 48 años gestó dos hijos para posteriormente entregárselos a su hija estéril, que pasó así a convertirse en madre<sup>12</sup>.

Otros hechos relevantes son el nacimiento de la primera niña probeta en Gran Bretaña en el año 1978 y la puesta en marcha en Estados Unidos del primer programa de maternidad subrogada en el año 1980.

## 1.3. La gestación por sustitución desde el punto de vista de la sociedad.

La alta utilización de la gestación por sustitución en la actualidad ha hecho que aparezcan voces que apoyan este medio para poder ser padres y otros que rotundamente niegan que sea recomendable legalizarla.

Entre las posturas más detractoras de la maternidad subrogada, se encuentran quienes la comparan con la prostitución, ya que consideran que las mujeres alquilan una parte del

<sup>10</sup> <http://bit.ly/1Pom7qK> (última visita: 06/05/15)

<sup>11</sup> <http://bit.ly/1R4kIII> (última visita: 20/05/15)

<sup>12</sup> <http://surrogacy.ru/es/history.php> (última visita: 06/05/15)

cuerpo. Manifiestan que si se llega a legalizar, también se llegaría al punto de tener que aceptar la compraventa de órganos. Se trata de posturas que se basan sobre todo en el carácter deshumanizador que tiene el empleo de la gestación por sustitución, en la que se comercia con el cuerpo humano, se fomenta el turismo reproductivo y se relega la adopción a un segundo plano<sup>13</sup>.

Otros autores fundamentan la prohibición que hace la ley española para utilizar la gestación por sustitución, en que se sitúa a la persona como objeto de un negocio jurídico. La mujer realizaría un contrato de obra o de servicios y el hijo quedaría situado como un medio instrumental para alcanzar la maternidad. Estos autores consideran que el derecho a ser padres mediante el uso de esta técnica es peligroso porque se convertiría al niño en una cosa objeto de negocio<sup>14</sup>.

En contraposición con esta postura, las diferentes empresas que se dedican a la tramitación y asesoramiento de todo el proceso para conseguir un vientre de alquiler (hay que resaltar los numerosos anuncios publicitarios que se encuentran en la actualidad), así como los colectivos de padres y madres que han hecho uso de esta técnica o pretenden hacerlo, apoyan firmemente la utilización de la misma. Defienden su derecho a convertirse en padres, acudiendo a una técnica con la que afirman no perjudicar a nadie<sup>15</sup>. Pretenden además conseguir la legalización de la gestación por sustitución en nuestro país.

Por su parte, la Dirección General de Registros y del Notariado rechaza con rotundidad la posibilidad de inscribir a los menores nacidos en el extranjero mediante el empleo de la gestación por sustitución, tal y como veremos con posterioridad en diversos casos que se han planteado en nuestro país.

La jurisprudencia, aplicando la normativa vigente en la actualidad, y de acuerdo con lo planteado por la Dirección General de Registros y del Notariado, también rechaza la posibilidad de legalizarla y de inscribir a los menores nacidos. La excepción a la postura general fue el voto particular que formuló el Magistrado D. José Antonio Sejias Quintana en la STS 835/2013, que rechazaba la inscripción en el Registro Civil de menores nacidos en el extranjero mediante la gestación por sustitución. Este Magistrado da a entender la necesidad de regularlo, puesto que está siendo afectado el interés del menor y quedan situados en un limbo jurídico. No considera que se esté vulnerando la dignidad de la mujer gestante, ni se esté cosificando al niño, sino que simplemente se protege el derecho a procrear que tienen todas las personas, independientemente de los motivos personales que les impidan ser padres de la forma tradicional.

<sup>13</sup> <http://bit.ly/1dMu2D3> (última visita: 03/05/15)

<sup>14</sup> Lledó Yagüe, Francisco. *Compendio de Derecho Civil: Derecho de Familia*. Dykinson. Madrid. 2004. Páginas 407 y siguientes.

<sup>15</sup> <http://padresporgestacion.org/> (última visita: 06/05/15)

En cuanto a la doctrina, encontramos diversas posturas: los que sí que son partidarios de regularizar este tema e incluso proponen un modelo de ley y de convenio que podría llegar a aplicarse en nuestro país <sup>16</sup> y los que rechazan toda posibilidad de regularla, afirmando que se está comerciando con la vida.

Personalmente considero que el derecho debe regular todos los acontecimientos que se van produciendo en la sociedad y que tienen una gran relevancia, como ocurre en este caso, puesto que se ven afectados bienes jurídicos de gran importancia. Aunque nuestra legislación considera nulo de pleno derecho este tipo de contrato, creo que se debería proceder a una revisión de la misma y a regular de forma correcta un hecho que se da de forma más o menos frecuente en nuestro país. Se sabe que es imposible controlar que las personas acudan a otros países para ser padres por medio de la gestación por sustitución y que posteriormente esos menores entren y residan en España, pasando a ser hijos de españoles, después de tramitar la adopción, que es la forma que actualmente se considera válida. Si el legislador tiene conocimiento de que son muchos los rostros conocidos que son padres de esta manera, si se permiten los anuncios en la prensa propiciando el uso de la misma, ¿por qué no se iba a regular? Considero que aunque legalmente no se permite el uso de la gestación por sustitución en nuestro país, la jurisprudencia sí que parece tolerarlo, pues no se ponen trabas excesivas a los niños nacidos en el seno de familias españolas en otros países, para traerlos a España y considerarlos hijos de los padres contratantes, tal y como se verá con posterioridad.

#### 1.4. Situación actual.

Uno de los motivos por lo que en la actualidad está en auge la gestación por sustitución es por las dificultades que existen, por ejemplo, para realizar una adopción, por las siguientes causas<sup>17</sup>:

- Cambios legislativos que endurecen las condiciones para acceder a la adopción.
- Alargamiento del proceso, estableciéndose una media de cuatro años para adopciones internacionales y una de siete años para las nacionales.
- Descenso del número de menores en condiciones de ser adoptados.
- Aumento de los países que niegan la posibilidad a madres/padres solteros o parejas homosexuales para convertirse en adoptantes.

El uso de la inseminación artificial también plantea una serie de problemas<sup>18</sup>, entre los que destacan los siguientes:

---

<sup>16</sup> Vela Sánchez, Antonio J. *op. cit.* Páginas 127 y siguientes.

<sup>17</sup> <http://bit.ly/1H0yASg> (última visita: 20/05/15)

<sup>18</sup> <http://bit.ly/1KgYCy5> (última visita: 06/05/15)

- La dificultad para lograr el éxito del tratamiento (hay que resaltar que solo el 50% de las mujeres que inician el tratamiento consiguen tener hijos mediante el empleo de esta técnica).
- El alto porcentaje de que pueda darse un embarazo múltiple
- Alto coste del tratamiento, en torno a unos 5.000 euros por intento.

## 2. REGULACIÓN EN ESPAÑA.

### 2.1. Antecedentes normativos.

Son varios los antecedentes de la actual regulación de la gestación por sustitución en nuestro país, destacando los siguientes<sup>19</sup>:

En primer lugar el *Informe Warnock*, realizado en Inglaterra en 1984 a raíz del nacimiento de la primera niña probeta. Con este informe se intentan señalar los principios sobre los que debe asentarse la práctica médica relacionada con la fecundación artificial, así como la legislación que debería establecerse sobre el mismo. Fue el modelo que posteriormente siguieron muchos países, entre ellos España. El Informe Warnock establece la necesidad de que la legislación regule un mínimo necesario, ya que es imposible que un conjunto de principios sea aceptado por todos, dado que vivimos en una sociedad plural. El Informe introduce la posibilidad de regular la selección de gametos, sobre todo por motivos genéticos, cuando los padres sean portadores de enfermedades.

En segundo lugar, el Informe de la Comisión Parlamentaria Española, también conocido como el *Informe Palacios*. La Comisión Especial que dio lugar a este estudio se creó también en el año 1984 y el texto fue aprobado dos años después, en 1986. Sigue la línea del Informe Warnock defendiendo la selección de gametos y la necesidad de establecer unos principios mínimos éticos consensuados. Como resultado de una serie de trabajos realizados en la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación In Vitro y la Inseminación Artificial Humana, elevaron al Congreso este documento, que contenía un total de 155 recomendaciones, agrupadas en las siguientes categorías:

- De carácter general: la utilización de las técnicas debe estar justificada y autorizada. Es necesario aprobar una ley que regule todo lo relativo a la investigación, experimentación y utilización de estas técnicas.
- Sobre las técnicas de fecundación asistida: se enumeran una serie de recomendaciones relativas a cuándo es conveniente su utilización, las garantías que deben cumplirse por parte de las personas que las utilicen, etc.

---

<sup>19</sup> Díaz de Terán, M<sup>o</sup> Cruz. *Derecho y nueva eugenesia*. Eunsa. Navarra. 2005. Páginas 194 y siguientes.

- La donación de gametos y embriones: establece que la donación debe ser gratuita y se deben imponer sanciones cuando este requisito no se cumpla. Es necesario que las edades de los donantes estén comprendidas en un rango previamente establecido y que sus identidades sean mantenidas en el anonimato.
- Sobre la manipulación de gametos y embriones: se realizan recomendaciones en cuanto a la congelación, la investigación y experimentación y la terapéutica génica. Esta última solo será autorizada en los casos de enfermedades que estén diagnosticadas de forma muy precisa.
- Las receptoras de gametos y embriones: se vuelve a establecer un rango de edad entre 18 y 35 años, así como la imposibilidad de elegir a los donantes.
- Con respecto a los padres: estas técnicas son susceptibles de usarse en el seno de matrimonios o parejas estables.
- Con respecto a los hijos: se determina que los niños nacidos mediante el uso de estas técnicas tendrán los mismos derechos que los niños concebidos de forma natural y no tendrán derecho a conocer la identidad de los donantes, salvo en los casos legalmente establecidos, como ya he mencionado con anterioridad.
- Sobre la gestación por sustitución: fueron tres las recomendaciones que se hicieron en esta materia.<sup>20</sup>
- Sobre la gestación en la mujer sola: puede autorizarse en el caso de que sufra una esterilidad irreversible.
- Sobre los requisitos de los centros sanitarios: debe haber un Registro Nacional de Centros y deben someterse a un control de calidad y evaluación de sus actividades.
- Sobre las actuaciones y responsabilidades de los equipos médicos: se determinan los casos en los que los equipos médicos serán responsables penalmente, por ejemplo, cuando revelen el anonimato de los donantes.
- La Comisión Nacional de Fecundación Asistida: es necesario crear esta comisión para orientar acerca de la aplicación de estas técnicas, hasta que se produzca una regulación de las mismas.

---

<sup>20</sup> Recomendaciones sobre la gestación por sustitución (115-117):

- Deberá prohibirse la gestación por sustitución en cualquier circunstancia.
- Deberán ser objeto de sanción penal o del tipo que procediera, las personas que participasen en un contrato de gestación de sustitución, aunque no sea escrito, así como las personas, agencias o instituciones que la propicien, y los equipos médicos que la realicen.
- Deberán ser objeto de sanción los Centros Sanitarios o servicios en los que se realizan las técnicas para la gestación por sustitución.

También en la ya derogada **Ley 35/1988, de 22 de noviembre**<sup>21</sup>, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, se encontraba una prohibición expresa a la utilización de la gestación por sustitución en España (artículo 10). Además, en la exposición de motivos de la misma, concretamente en el apartado III, se hacía una pequeña reflexión sobre la posible utilización en España de la gestación por sustitución. Se cuestionaba si existe un derecho a la procreación, si este derecho es absoluto y si debe satisfacerse por encima de conflictos que puedan surgir, tanto entre las partes como con el Estado, éticos, etc.

Se reconocía que la mujer tenía derecho a fundar su propia familia y que la Ley debía eliminar los límites que lo impidieran, para que pudiera constituir la familia que considerara, de forma libre y responsable.

Como se puede observar ya desde ese momento, la ley hacía una reflexión en la que se cuestionaba la validez del uso de esta técnica. Si desde el año 1988 se plantea que la mujer tiene derecho a formar una familia mediante el uso de diversos medios, es incomprensible que más de 25 años después, la gestación por sustitución no esté permitida en nuestro país y que además, el artículo encargado de prohibirlo en la actualidad (art. 10 de la Ley 14/2006), sea una copia exacta del artículo referente a esta cuestión que se encontraba en la Ley 35/1988.

El **18 de febrero de 2009 se produce una resolución de la DGRN**<sup>22</sup> que fue trascendental, porque admitió que un matrimonio de dos varones registrara como hijos suyos a dos menores nacidos en California mediante el uso de la gestación por sustitución. El matrimonio aportó para ello un certificado de nacimiento los que fue expedido por las autoridades del país de nacimiento. La Dirección General de Registros y del Notariado entendió que debían limitarse a comprobar a que se trataba de un documento público autorizado por una autoridad extranjera y que se hubiese emitido legalmente. Se interpretó que no se vulneraba el orden público internacional español, ya que no se influía en la estructura de la sociedad española, al estar permitida la filiación de dos varones en los casos de adopción.

Sin embargo, el Tribunal de Primera Instancia número 15 de Valencia, dictó **sentencia el 15 de septiembre de 2010**, después de que el Ministerio Fiscal impugnara la anterior resolución. El Juzgado consideró que la realización de este tipo de contratos era nulo y que por ello no se podía reconocer la filiación del matrimonio. La madre biológica de los menores es la gestante, aunque nada impide que el padre biológico, que aporte el material genético, ejercite la acción de reclamación de paternidad y que posteriormente, previa renuncia de la madre gestante, el hijo sea adoptado por el otro cónyuge. Para

---

<sup>21</sup> En la de década de los años 70 aparecen nuevas técnicas de reproducción asistida como la inseminación artificial, la fecundación *in vitro* con transferencia de embriones o la transferencia intratubárica de gametos, como soluciones al problema de la esterilidad. Para responder a la necesidad que surgió sobre la regulación de las mismas, se promulgó esta primera Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida que estuvo vigente hasta el mes de mayo del año 2006.

<sup>22</sup> Resolución DGRN de 18 de febrero de 2009 .

llevar a cabo esta gestación no es necesario que medie la declaración de idoneidad prevista en el artículo 176 CC<sup>23</sup>. Esta declaración de idoneidad debe ser concedida por una entidad pública en los supuestos de adopción e incluye una valoración psicosocial sobre la situación personal, familiar, relacional y social de los adoptantes. Como se puede apreciar, la sentencia propone una solución legalmente factible para poder llevar a cabo la gestación por sustitución en otro país y conseguir que los menores sean reconocidos como hijos en España. Sin embargo, esto es claramente un fraude de ley, es decir, están utilizando un recurso que es jurídicamente posible en España (la adopción), para conseguir otro que está terminantemente prohibido (la gestación por sustitución).

Después de estos antecedentes, aparece en el año 2010 la **Instrucción de 5 de octubre de 2010**, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. Aunque pone de manifiesto desde la primera frase que será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero, realiza una regulación parcial de este hecho, debido a la existencia de algunos casos que habían tenido que ser resueltos por los Tribunales de Justicia españoles. Es por ello que se permite la posibilidad de inscribir a los menores nacidos mediante el empleo de esta técnica, siempre y cuando se cumplieran los siguientes requisitos:

1. Resolución judicial dictada por el Tribunal competente en el país extranjero en el que ha nacido el menor, en la que se determine la filiación del nacido.
2. Si no hay un Convenio internacional que sea aplicable, es necesario que la resolución extranjera sea objeto de exequátur, por lo que hay que presentar ante el Registro Civil la solicitud de la inscripción y el auto judicial que ponga fin al procedimiento de exequátur.
3. Control que hace el encargado del Registro Civil acerca de la regularidad y autenticidad de la resolución judicial, su competencia, que no haya vulneración de los intereses de las partes, etc.

Se especifica que en ningún caso se admitirá una certificación registral extranjera o una simple declaración como título para llevar a cabo la inscripción.

Con esta Instrucción se pretendió dotar de plena protección jurídica al interés superior del menor y a otros intereses que entran en juego cuando se realiza este tipo de contrato. Para ello, se consideró necesario establecer los criterios de acceso al Registro Civil español de los menores que hayan nacido en el extranjero como consecuencia de la

---

<sup>23</sup> Recientemente reformado por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

realización de un contrato de gestación por sustitución. Esta instrucción aborda tres aspectos fundamentales:

- El primero de ellos, el establecimiento del mecanismo por el que se inscribirá a los menores cuando uno de los progenitores tenga nacionalidad española. Para proceder a la misma era necesario presentar junto con la solicitud de inscripción la resolución judicial dictada por el Tribunal competente en la que se determinará la filiación del nacido.
- El segundo, evitar que se dote de legalidad a los supuestos de tráfico internacional de menores. El encargado del registro civil controlará varios aspectos como la autenticidad de la resolución judicial presentada, la competencia del mismo, que se garanticen los derechos procesales de las partes, que la resolución judicial sea firme, etc.
- El último, que no se vulnere el interés del menor a conocer su origen biológico. Para garantizar este aspecto se acude a lo establecido en el artículo 7.1 de la Convención sobre los derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989<sup>24</sup> y el artículo 12 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional<sup>25</sup>.

Como se puede comprobar, llegó a hacerse una regulación parcial de esta nueva forma de acceder a la maternidad. Sin embargo, esta Instrucción pronto quedó desplazada por lo acordado en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 15 de septiembre de 2010 y que posteriormente fue ratificada por el Tribunal Supremo<sup>26</sup>. En esta sentencia se deja sin efecto una inscripción realizada en el Registro Civil Consular de Los Ángeles, de dos menores que habían nacido mediante el empleo de la gestación por sustitución. Utiliza como argumentos jurídicos que se está vulnerando el orden internacional español, que no existe discriminación y que se está velando por el interés del menor, tal y como analizaremos con posterioridad.

---

<sup>24</sup> “El niño será inscripto inmediatamente después de su 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”.

<sup>25</sup> Artículo 12: Derecho a conocer los orígenes biológicos. “Las personas adoptadas, alcanzada la mayoría de edad o durante su minoría de edad a través de sus representantes legales, tendrán derecho a conocer los datos que sobre sus orígenes obren en poder de las Entidades Públicas, sin perjuicio de las limitaciones que pudieran derivarse de la legislación de los países de procedencia de los menores. Este derecho se hará efectivo con el asesoramiento, la ayuda y mediación de los servicios especializados de la Entidad Pública, los organismos acreditados o entidades autorizadas para tal fin.

Las Entidades Públicas competentes asegurarán la conservación de la información de que dispongan relativa a los orígenes del niño, en particular la información respecto a la identidad de sus progenitores, así como la historia médica del niño y de su familia.

Los organismos acreditados que hubieran intermediado en la adopción deberán informar a las Entidades Públicas de los datos de los que dispongan sobre los orígenes del menor”.

<sup>26</sup> <http://bit.ly/1buLAyv> (última visita: 06/05/15)

## 2.2. Regulación actual.

Actualmente se encuentra vigente en nuestro país la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida. En el artículo 10 de la misma se prohíbe de forma expresa la utilización de la gestación por sustitución, convirtiendo en “*nulo de pleno derecho cualquier 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*”.

Junto a esta prohibición, el Código Penal castiga diferentes delitos relacionados con la suposición de parto y la alteración de la paternidad, estado o condición del menor. En primer lugar, el artículo 220 CP establece pena de prisión para tres supuestos distintos: para la suposición de parto, para el que entregue a un hijo para modificar su filiación y finalmente para quienes sustituyan un niño por otro. En segundo lugar, el artículo 221 del Código Penal castiga a los que, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, eludiendo los procedimientos legales, con la finalidad de establecer una relación análoga a la filiación. En este artículo también se castiga al que reciba al menor y al intermediario, aunque el contrato se celebre en un país extranjero<sup>27</sup>.

Como podemos ver está totalmente prohibido el uso de la gestación por sustitución en España. Sin embargo, son cada vez más los casos de personas que son padres mediante el uso de esta técnica. Veremos más adelante la solución que la jurisprudencia da para regularizar la situación que se produce cuando llegan los niños nacidos mediante el uso de la maternidad subrogada a nuestro país.

## 3. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN EL DERECHO COMPARADO<sup>28</sup>.

Centrándonos en la Unión Europea, la gestación por sustitución está prohibida en prácticamente todos los países que la constituyen. A esto contribuyen diferentes documentos, como la Resolución A 2-372/88 del Parlamento Europeo, el Informe Warnock, ya referido, o la Instrucción Donun Vitae, que como regla general se posicionan en contra del empleo de la gestación por sustitución. Sin embargo, otros

---

<sup>27</sup> Se encuentra situado en el Título XII (Delitos contra las relaciones familiares). El bien jurídico protegido en este caso es la seguridad material que se deriva de las relaciones familiares. Junto a los delitos anteriormente mencionados, se sitúan otros, como los matrimonios ilegales, la alteración del estado civil, el quebrantamiento de los deberes de custodia y la inducción de los menores al abandono de domicilio, la sustracción de menores, abandono de familia, menores o personas con discapacidad. Como se puede apreciar, en este Título del Código Penal se aglutinan numerosos delitos que tienen como denominador común la familia. Sin embargo se tratan de supuestos completamente distintos unos de otros, por lo que quizás hubiese sido más conveniente realizar esta clasificación de los delitos relacionados con la familia de otra forma.

<sup>28</sup> Vilar Rojas, Silvia Situación actual de la gestación por sustitución. *Revista de Derecho UNED*, núm. 14, 2014. Páginas 897 y siguientes. (puede consultarse en: <http://revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/viewFile/13293/12164>) y [http://www.indret.com/pdf/909\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/909_es.pdf) (última visita: 13/05/2015).

documentos, como los realizados por el Consejo de Europa, aunque siguen considerando nulo cualquier contrato de este tipo, sí que contemplan una posibilidad excepcional de admitirla, si la madre de sustitución no obtiene ninguna ventaja material por ello <sup>29</sup>.

A nivel mundial son fundamentalmente tres las posturas que podemos encontrar en torno a la gestación por sustitución. Por un lado, tenemos los países que como España prohíben esta práctica. Por otro lado, se sitúan los países que sí la admiten, pero sólo cuando es solidaria (sin contraprestación económica). Por último, los que sí la admiten, considerándola como un contrato mercantil.

Además, el Convenio de Derechos del Niño y la Carta de Derechos Fundamentales se revelan como documentos necesarios a tener en cuenta a la hora de tratar este tema. Concretamente el artículo 3 del Convenio de Derechos del Niño, establece que *“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”*. De la misma forma, el artículo 24.2 de la Carta de Derechos Fundamentales contempla que *“en todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial”*.

#### **A. Prohibición de la gestación por sustitución.**

Son varios los ordenamientos jurídicos que prohíben la utilización de la gestación por sustitución y que se encuentran en el ámbito de la Unión Europea. Algunos ejemplos son los siguientes:

- **España:** prohibida expresamente en el artículo 10 de la Ley 14/2006, sobre Técnicas de Reproducción Asistida.
- **Francia:** la considera contraria a la dignidad humana y causante de secuelas emocionales a los hijos. Además, afirma que contribuye a la explotación material y psicológica de las mujeres.
- **Alemania:** castiga con penas privativas de libertad a quien haga uso de estas técnicas.
- **Suiza:** se encuentra prohibida tanto en la Constitución del país como en la Ley que desarrolla las técnicas de reproducción asistida.

---

<sup>29</sup> Jiménez Muñoz, Francisco Javier. *La reproducción asistida y su régimen jurídico*. Reus.

## B. Admisión solidaria.

En algunos países se admite la utilización de la gestación por sustitución, pero bajo la premisa de que debe ser un acto solidario y altruista. Entre ellos se puede citar a:

- **Reino Unido:** sanciona la publicidad o su práctica comercial, pero la admite en el caso de que se realice a título gratuito y sin intermediarios.
- **Brasil:** sólo es autorizada cuando es imposible gestar hijos. En este caso la madre biológica y la madre sustituta deben tener una relación de parentesco hasta el segundo grado.
- **Israel:** establecen requisitos como que las parejas deben ser necesariamente heterosexuales, se debe acreditar su incapacidad para gestar hijos, la madre gestante debe estar soltera, etc.
- **Grecia:** la regulación en este país permite el uso de la gestación por sustitución siempre que medie una autorización judicial, que se otorga una vez que se ha verificado que concurren una serie de requisitos en las partes implicadas.

## C. Admisión remunerada.

En este caso se permite la gestación por sustitución mediante contraprestación. Algunos ejemplos son Rusia, India o muchos estados de Estados Unidos.

**Estados Unidos** se ha convertido en uno de los países a los que más parejas de todo el mundo acuden para ser padres, mediante la contratación de una madre subrogada. Sin embargo, tiene una legislación dispar, por lo que es necesario atender a lo que cada estado establece en relación con la gestación por sustitución. De esta forma, California, Illinois o Arkansas son los estados que tiene una legislación más permisiva en este sentido, aunque con importantes diferencias entre ellas. Por ejemplo, en Illinois sólo es posible que sea utilizada por parejas heterosexuales que hayan aportado sus propios gametos, mientras que en California ni es necesario que se dé esta aportación, ni es relevante la orientación sexual.

**India** es otro país en auge en cuanto al uso de la maternidad subrogada, porque la legislación existente era bastante laxa y, además, el coste económico al que se tiene que hacer frente es mucho menor que el que se soporta en Estados Unidos.

Como puede comprobarse, la regulación de esta materia a nivel internacional es bastante variada. Sin embargo, hay que destacar que son muchos los países que tienden a la regularización y la flexibilización, con el objetivo de proteger el interés del menor, de la madre gestante y de los padres comitentes.

## 4. TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL NACIONAL E INTERNACIONAL.

### 4.1. Jurisprudencia española.

En primer lugar, señalaré varios autos dictados por Audiencias Provinciales, destacando dos que han sido muy relevantes:

- Audiencia Provincial de Madrid (Sección 24), auto num. 1341/2012 de 3 de diciembre. Se trata de un recurso de apelación interpuesto contra una resolución dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 46 de Madrid.

La Audiencia procede a confirmar la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, en la que se denegaba el reconocimiento de la sentencia dictada por un Tribunal de Estados Unidos, referente al nacimiento de unos menores mediante la gestación por sustitución, declarando a un hombre como padre legal en solitario. Como ocurre en otros casos, se deniega la inscripción en el Registro porque la realización de este contrato es nula de pleno derecho en nuestro país.

- Audiencia Provincial de Valencia (Sección 10), auto num. 826/2011 de 23 de noviembre. En este caso se reitera la decisión de dejar sin efecto la inscripción realizada en el Registro civil Consular de Los Ángeles de dos menores nacidos mediante la técnica de la maternidad subrogada. Los fundamentos jurídicos en los que se basa son los siguientes:

1. Afirman que la inscripción es contraria a la legalidad española, por lo que no se puede llevar a cabo (art. 10 ley 14/2006).
2. En relación con el reconocimiento de las decisiones extranjeras, ésta vulnera el orden internacional español.
3. No se vulnera el principio de igualdad, ni existe discriminación por razón de sexo, ya que esta prohibición es aplicable tanto a las mujeres como a los hombres.
4. Se tiene en cuenta el principio de interés del menor.

Estos motivos utilizados por la AP de Valencia son después adoptados por el Tribunal Supremo en la sentencia 835/2013, basándose en ellos para denegar la inscripción en el Registro.

La única sentencia dictada por el Tribunal Supremo sobre la gestación por sustitución es la **STS 835/2013**, de 6 de febrero, que ha sido tomada como referencia para posteriores casos. En ella se cancela la inscripción en el Registro Civil español de unos menores nacidos tras la celebración de un contrato de estas características, amparándose en los siguientes argumentos:

**- Reconocimiento de decisiones extranjeras y el orden público internacional español:** se realizó una inscripción de nacimiento en California en la que aparecen como padres los recurrentes. Al llevarla al Registro Civil consular se les denegó la inscripción, aunque posteriormente la Dirección General de los Registros y del Notariado revocó esta decisión.

En la sentencia, el primero de los fundamentos jurídicos que se esgrime es la contrariedad al orden público, entendido como el sistema de derechos y libertades individuales garantizados en la Constitución y en los convenios internacionales de derechos humanos ratificados por España. Puesto que forman parte del orden público español todas las normas relativas a la familia y a las relaciones paterno filiales (recogidas en el Título I CE), se considera que las normas relativas a la gestación por sustitución integran el orden público español.

Es por este motivo que la decisión adoptada por la autoridad registral de California de inscribir como padres a los recurrentes es contraria a nuestro OJ, concretamente al artículo 10 de la Ley 14/2006, que prohíbe expresamente este tipo de contrato oneroso, por lo que se está vulnerando el orden público español. Esto es motivo suficiente para denegar la inscripción.

**- Inexistencia de discriminación por razón de sexo y orientación sexual:** en relación con este punto, el Tribunal no entra en el fondo de la cuestión. Es decir, afirma que no se da ningún tipo de discriminación, puesto que si fueran dos mujeres las que hubiesen recurrido a este tipo de maternidad también se les hubiese denegado la inscripción.

Para sustentar esta afirmación se basan en lo que las partes exponen en el recurso. Sin embargo, llegados a este punto resulta curioso que dos mujeres sí puedan ser inscritas como madres de un niño si han acudido a técnicas de reproducción asistida (siendo una gestante y la otra cónyuge), tal y como se regula en el artículo 7.3 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, mientras que dos hombres no pueden ser inscritos como padres, porque fisiológicamente no pueden recurrir a este tipo de tratamientos para convertirse en tales. La única posibilidad que tienen es acudir a la adopción como fórmula que permite a un matrimonio masculino ser los progenitores de un menor.

Aunque el mismo tribunal considere que no hay discriminación por razón de sexo ya que en la misma situación se le denegaría también la inscripción a dos mujeres, lo cierto es que sí hay diferencias. Considero

que nunca habrá igualdad en este punto, puesto que el hombre por sí solo no podrá nunca acceder a ninguna técnica de reproducción asistida.

- **El interés superior del menor:** en este fundamento jurídico, el TS considera que se trata de un concepto jurídico indeterminado que no está siendo vulnerado, al igual que no se vulneran otros como la vida privada y familiar. Sin embargo, sí considera que mediante la admisión de este tipo de contratos pueden verse afectados otros bienes jurídicos, como la dignidad del menor al convertirlo en objeto del tráfico mercantil.

Puede apreciarse como en este punto el TS no resuelve el fondo de la cuestión, sino que se centra en atacar el empleo de la gestación por sustitución, considerándolo perjudicial ya que se determina una filiación que no se ajusta a los criterios legales.

Otro aspecto que también critica, es que los padres no han probado que han aportado gametos a la fecundación; es decir, se duda si alguno de ellos es el padre biológico de los menores. Consideran este dato necesario para las soluciones jurídicas que ofrecen a este caso y que no son otras que la reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, el acogimiento familiar o la adopción. Con esto lo que pretenden establecer es la filiación biológica del menor con uno de los progenitores (cuestión que es fácilmente determinable mediante la realización de una prueba de ADN), para que el otro progenitor, que se sabe a ciencia cierta que no ha aportado material genético, pueda adoptar al niño.

Resulta de especial relevancia el voto particular realizado por el Magistrado D. José Antonio Señas Quintana y al que se adhieren otros Magistrados de la Sala. Los puntos sobre los que discrepan son los siguientes:

- En primer lugar, la técnica jurídica aplicable no es la del conflicto de leyes, sino la del reconocimiento de una decisión de autoridad. Es decir, en este caso no se plantean problemas sobre ley aplicable, sino en relación con el reconocimiento en España de un documento auténtico emitido por una autoridad administrativa y que conforme a la ley española permite la inscripción en el Registro Civil sin necesidad de controlar su legalidad.
- En segundo lugar, se discrepa sobre la vulneración del orden público. Lo que se somete a la autoridad española no es la legalidad del contrato, sino el reconocimiento de una decisión extranjera válida y legal conforme a su normativa. En este caso el orden público debe entenderse en relación con el interés superior del menor y no desde la perspectiva de la contrariedad con la normativa interna.

Además y en relación con lo mencionado en la sentencia sobre la vulneración de la dignidad de la mujer gestante, la mercantilización de la gestación o la cosificación del niño, el magistrado manifiesta su contrariedad con estas afirmaciones, porque se está vetando el derecho a procrear a personas que por diversas razones no puedan tener hijos y además se pone en duda el consentimiento que pueda prestar la mujer gestante y que se realiza en los países en los que sí es legal, con una serie de garantías. Además, manifiesta que difícilmente se puede cosificar a una menor que ha nacido en el seno de una familia que lo quiere, puesto que la cosificación en todo caso, es previa al nacimiento, ya que cuando el niño nace deja de ser el objeto sobre el que se realizó el contrato.

Llama la atención cómo el magistrado reconoce que este método para tener descendencia se permite a unos y se niega a otros, aún cuando muchos países tienden a la regularización de esta materia, tal y como hizo España en su momento con la Instrucción de 5 de octubre de 2010.

En este voto particular se incide en el hecho de que la sentencia alude a una serie de cuestiones que luego no se desarrollan y que son las siguientes:

- No se especifica de qué forma se vulnera la dignidad tanto de los padres que contratan este método como de la madre gestante.
- Tampoco se concreta la forma en la que queda afectada la dignidad del niño que nace.
- No se ha sometido a contradicción el hecho de que puedan existir beneficios económicos en este tipo de contrato. Alude a la mención que se hace en la sentencia de que al permitir la utilización de la gestación por sustitución se está permitiendo mercantilizar con la vida, cosificando a la mujer y al niño y permitiendo además, que haya intermediarios que hagan negocio con ello, pero sin que luego sea objeto de análisis en el caso concreto.
- Se afirma que se respeta el interés del menor, garantizando que pueda acceder a una filiación única, que es válida en todos los países.

Este voto particular también enuncia la necesidad de que el legislador establezca un marco legal que garantice los derechos de todas las partes implicadas, sobre todo los de la mujer gestante y los de las personas que quieren ser padres mediante la utilización de esta técnica.

Además, considera que la sentencia conlleva que el interés del menor quede gravemente afectado, porque se coloca a estos niños en un limbo jurídico incierto en cuanto a la solución del conflicto y a la respuesta jurídica que se les da, aunque esto intenta solucionarse con la inscripción en el Registro de la forma que ya se ha mencionado.

## 4.2. Jurisprudencia comunitaria.

Tal y como se ha puesto de manifiesto con anterioridad, la gestación por sustitución es un fenómeno que se da a nivel mundial y en el que cada región adopta una solución diferente. Esto ha dado lugar a la aparición de diversos conflictos y por ende, a diversa jurisprudencia.

Centrándonos en nuestro ámbito más próximo, la Unión Europea, volvemos a encontrar en la misma tesitura que en España, tanto en relación con la prohibición del empleo de la maternidad subrogada, como en cuanto a la escasez de jurisprudencia relativa a esta cuestión. Dos de las sentencias más relevantes es la dictada por el TEDH el 26 de junio de 2014<sup>30</sup>.

En este caso se estudia un supuesto que se produjo en Francia y que es bastante similar a los acontecidos en España. Dos parejas de nacionales franceses se desplazaron a Estados Unidos para que una madre de alquiler gestara a un hijo, concebido con óvulos de una donante y espermatozoides del padre francés.

Una vez nacidos los menores, cuando se intentó llevar a cabo la inscripción, la misma fue denegada. Se basaron en que era contraria a los principios del Derecho francés y al orden público. Sin embargo, existe una gran diferencia con respecto a los casos españoles, ya que en este caso, ni siquiera se reconoció la filiación de los menores respecto de su padre biológico. Esto situó a los menores en una situación de incertidumbre jurídica, llegando el TEDH a considerar que se atentaba contra su identidad en el seno de la sociedad francesa.

La sentencia del TEDH condenó a Francia al pago de 5.000 euros por daños morales, así como al pago de una indemnización de 19.000 euros en total repartidos entre las dos familias<sup>31</sup>. Esta decisión la basaron en que el no permitir el reconocimiento de la filiación puede afectar a la identidad de los menores. Además, consideran que esta prohibición se opone a la Convención Europea de Derechos Humanos.

## 5. RELACIONES CONTRACTUALES EN EL PROCESO DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.

Una cuestión de especial interés es la relación contractual que se va a producir entre las distintas partes implicadas en el empleo de la técnica de gestión por sustitución. Como ya hemos visto, son diversas las posibilidades que se pueden dar en cuanto a la aportación de material genético por los padres comitentes, donantes o la madre gestante. Sin embargo, también debemos considerar los contratos que se producirán con los médicos encargados de introducir en la mujer gestante el óvulo fecundado, ¿podemos

<sup>30</sup> Asunto *Mennesson c. France* (Demanda nº 65192/11). Asunto *Abassee c. France* (Demanda nº 65941/11).

<sup>31</sup> <http://bit.ly/1Je4rOU> (última visita: 1/09/15)

equipararlo al resto de técnicas de reproducción asistida que existen? En cuanto a las empresas que gestionan todo lo relativo a la gestación por sustitución, ¿qué garantías ofrecen?

### 5.1. Atribución jurídica de la maternidad/paternidad a los supuestos de maternidad subrogada<sup>32</sup>.

Son dos las posibilidades que existen a la hora de formalizar el contrato con la madre gestante. Se puede considerar como un arrendamiento de servicios, ya que lo que se solicita es la incubación en un útero ajeno de un embrión, al existir una imposibilidad por parte de los padres comitentes para hacerlo por sí mismos, y que una vez nazca les sea entregado. Sin embargo, existe una segunda opción de tipificarlo como un arrendamiento de obra, cuyo resultado es un ser humano. Aunque hay autores que defienden su encasillamiento dentro de esta segunda categoría, lo cierto es que también encuentran dificultades derivadas del hecho de que la mujer no pone en realidad su trabajo o industria.

Podríamos decir que la figura contractual más afín es el contrato de obras y servicios. La diferencia entre ambos, atendiendo a lo expuesto por la doctrina, es que el primero se compromete a la prestación de un servicio en sí mismo, mientras que en el segundo, se compromete con un resultado. Es decir, el contrato de obras y servicios solo atiende al trabajo, sin importar el resultado que se obtenga, mientras que el contrato de arrendamiento de obras, tiene en cuenta el trabajo que se realiza durante el proceso, siendo el resultado irrelevante.

Para realizar esta clasificación la doctrina analiza tres variables:

**1. Atribución jurídica de la maternidad/paternidad:** Una cuestión de gran importancia que se plantea es la atribución jurídica de la maternidad o la paternidad, puesto que existe un conflicto entre la maternidad gestante y la genética, ya que puede darse el caso de que la madre genética sea también la gestante o no. A continuación analizaré los supuestos que pueden llegar a darse, teniendo en cuenta si hay donación o no.

**2. Variables en la utilización del método gestativo:** Fundamentalmente se dan tres supuestos:

- El supuesto más elemental en este caso se produce cuando los titulares de las células (óvulo y semen) que formarán el embrión, son los dos miembros de la pareja. En este caso se llevará a cabo una fecundación in vitro y posteriormente, se introducirá en la madre gestante. Puede argumentarse que aunque el hijo sea biológicamente de la mujer

---

<sup>32</sup> Lledó Yagüe, Francisco. *Fecundación artificial y derecho*. Editorial Tecnos. Madrid 1988. Páginas 146 y siguientes.

gestante, es un hijo consanguíneo de los padres comitentes, puesto que han aportado su material genético.

En el caso de que los miembros de la pareja sean los que aporten el material genético, serán los padres desde el punto de vista consanguíneo, puesto que son portadores de la herencia genética, aunque biológicamente sea hijo de la mujer gestante. Esto abriría la puerta a una adopción.

- Otros supuestos que se pueden dar ocurren como consecuencia de que sólo uno de los miembros de la pareja aporta material genético. En este caso se debe recurrir a una donación (de semen o de óvulos). Si la madre gestante es la que aporta los óvulos, pasará a convertirse también en madre genética, además de ser la madre biológica. Al padre se le atribuiría su rol mediante una adopción, cuando no sea titular de las células.

- La tercera opción que se podría producir es que las células fueran donadas por terceras personas ajenas a la pareja comitente y a la madre gestante, por lo que los padres comitentes no mantendrían ninguna relación, ni genética, ni biológica con el hijo que nacerá. Esto daría lugar a un triple conflicto de maternidades.

**3. Calificación jurídica:** Son numerosos los autores que manifiestan que no se puede aceptar la licitud y legitimidad de los supuestos de maternidad subrogada, porque va en contra del orden público familiar aplicable a las relaciones interpersonales.

Las posturas que existen en torno a la atribución jurídica de la maternidad y la paternidad las podemos clasificar de la siguiente forma:

- El propio contrato es la causa que justifica que se impute la filiación del menor a los padres comitentes, con base en un criterio socio cultural. Se consideraría el contrato válido y la atribución de la maternidad y la paternidad se realizaría en virtud de lo convenido por las partes. En su defecto, el contrato de maternidad subrogada daría lugar a una posterior adopción por parte de los padres comitentes (que es como se hace en la actualidad). En el caso de que hubiese existido alguna donación de gametos, tampoco se considera que se le puede atribuir la maternidad o la paternidad a los donantes, ya que no se cumpliría la propia finalidad del contrato. Las consecuencias que tendría esta postura, son las siguientes:

- En relación con la mujer comitente, que puede ser la genética o no, no podría impugnar su maternidad. Tampoco podría hacerlo su esposo, porque irían contra sus propios actos.
  - La mujer gestante no podría reclamar en ningún momento la maternidad biológica del menor. Tampoco podrían reclamarla los donantes de células.
  - Con respecto al hijo, podría impugnar la maternidad formal y reclamar la biológica, puesto que no se le puede negar esta posibilidad al hijo, porque se actuaría en perjuicio del menor.
- En el caso de que el contrato suscrito se tipificara como ilegal, este negocio jurídico no surtiría efectos entre las partes que lo suscribieron. La maternidad se le atribuiría a la mujer gestante, puesto que quedaría determinada por el parto.

Para la atribución de la paternidad, si la mujer gestante estuviese casada, la paternidad le sería atribuida *iuris tantum* a su esposo, sin perjuicio de que este pudiera impugnar la filiación matrimonial.

Aplicando los principios rectores de la legislación sobre técnicas de reproducción asistida, no cabe imputar responsabilidad paterno filial a los donantes de células, porque son sólo progenitores casuales, que en ningún caso pretendían desarrollar el rol de padre.

- El último supuesto posible es que la atribución jurídica de la paternidad se realice en virtud del que ha aportado el material genético. Esta postura no es viable, porque como ya se ha mencionado, en los casos de donación de células no se puede atribuir la maternidad o paternidad a los donantes.

Parece lógico que la atribución jurídica de la maternidad y de la paternidad se realice de acuerdo con la primera opción. Es decir, habría un contrato suscrito por las partes implicadas que sería considerado válido.

## 5.2. Obligaciones de los equipos médicos<sup>33</sup>.

La Ley 14/2006, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, regula en los artículos 17 y siguientes lo relativo a las obligaciones que deben cumplir los centros sanitarios y los equipos biomédicos que realicen estas técnicas.

---

<sup>33</sup> Lledó Yagüe, Francisco. *op. cit.* Páginas 165 y siguientes.

Estos centros son considerados como sanitarios, por lo que se rigen por lo dispuesto en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad. A su vez deben estar inscritos en el Registro de Centros de Reproducción Humana Asistida<sup>34</sup> y deben contar con una autorización expedida por la autoridad sanitaria correspondiente, que concretará las técnicas que son permitidas en cada centro, tal y como establece el artículo 4.1 de la Ley 14/2006. La infracción de este precepto implicará la comisión de una infracción muy grave (artículo 26.2.c), que será sancionada con una multa pecuniaria (Art. 27).

Las condiciones de funcionamiento de los centros y los equipos se encuentran enumeradas en el artículo 18 de la Ley 14/2006. Se les exige estar especialmente cualificados en el uso de estas técnicas, guardar el secreto de identidad de los donantes, custodiar la historia clínica realizar todos los estudios necesarios a los donantes.

### **5.3. Relación jurídica entre la empresa y los padres comitentes.**

Existen múltiples empresas que ofrecen sus servicios para llevar a cabo todos los trámites necesarios de la gestación por sustitución. Una de ellas es Subrogalia<sup>35</sup>, que invita a iniciar los trámites mediante una entrevista realizada a distancia por un precio que oscila entre los 250 y los 350 euros. El proceso durará en torno a 15 meses, en los que la pareja comitente tiene una serie de garantías entre las que destacan:

- Seguro de vida de la madre subrogada y reinicio del programa en caso de fallecimiento del bebé tras su nacimiento.
- Garantía de devolución íntegra si en un plazo de 30 meses no han logrado tener un niño.
- Paquete de sustitución inmediata en el caso de los donantes seleccionados sean rechazados tras las pruebas médicas, si la madre subrogada presenta algún problema médico.
- Garantía en el envío de embriones congelados en el caso de que no se puedan utilizar porque se pierdan en aduanas, se descongelen, etc.
- Garantía en el envío de donante española al extranjero, en el caso de que la primera donante no sea adecuada, se enviará una segunda.
- Seguro de cancelación del proceso por causas de fuerza mayor.

---

<sup>34</sup> [www.cnrha.mssi.gob.es](http://www.cnrha.mssi.gob.es) (última visita: 07/07/15). Actualmente hay registrados en torno a 350 centros de reproducción asistida en España, doce de los cuales se encuentran en Canarias (cuatro en Gran Canaria y ocho en Tenerife). En el registro se detallan los servicios que están autorizados a prestar cada uno de estos centros: inseminación artificial, fecundación *in vitro*, banco de embriones, laboratorio de semen para capacitación espermática, banco de semen y recuperación de oocitos.

<sup>35</sup> [www.subrogalia.com](http://www.subrogalia.com) (última visita: 17/07/2015).

El precio de la contratación de la gestación por sustitución que se sitúa en torno a los 100.000 euros, pero puede verse incrementado si se contratan este tipo de garantías o si surgen complicaciones médicas durante el proceso<sup>36</sup>. Esto provoca que las parejas necesiten realizar un esfuerzo económico importante para poder costearse esta técnica de reproducción asistida<sup>37</sup>.

## 6. PROPUESTAS DE REGULACIÓN.

Tal y como he mencionado con anterioridad, la solución que se propone para legalizar la situación de los menores que llegan a España procedentes de otros países, después de haber nacido fruto de la utilización de la gestación por sustitución, es la de proceder a la adopción de los mismos.

Sin embargo, ya existen diferentes propuestas de regulación de la gestación por sustitución, como la que ha realizado la doctrina<sup>38</sup>. El fundamento para permitir su legalización lo sitúa en el artículo 10 CE y en que es necesario permitir el libre desarrollo de la personalidad, por lo que hay que proteger el derecho que tienen las personas a ser padres. El artículo 14 CE también lo considera de aplicación, puesto que es necesario evitar cualquier tipo de discriminación por condiciones personales o sociales.

Tal y como se regula en las exposiciones de motivos de las leyes mencionadas hasta el momento<sup>39</sup> y que regulan las técnicas de reproducción asistida, los avances científicos suelen ir por delante del Derecho, lo que origina un vacío jurídico que provoca problemas que deben solucionarse.

En la propuesta de regulación del convenio de gestación por sustitución realizada por la doctrina se recoge la posibilidad de que sea un negocio que se realiza ante notario, cuestión que llama la atención ya que no tendría ningún control judicial. Se trataría de realizar un contrato más, que podría ser oneroso o gratuito y que se formalizaría ante notario, quien sólo tendría que comprobar que se dan las circunstancias que se requieren en la ley. En la citada propuesta se pretende obtener un consentimiento que sea irrevocable (recordemos la variedad de regulaciones en este punto en otras partes del mundo).

La propuesta de regulación que lleva a cabo la doctrina es bastante escueta, en comparación con el estudio detallado que hace sobre el tema. Considero que es necesario revisarla, ampliarla y detallarla más, para recoger en ella todas las cuestiones que tienen una gran relevancia jurídica y que por tanto deben estar reguladas. Por

<sup>36</sup> <http://bit.ly/1LeOV05> (última visita: 17/07/2015).

<sup>37</sup> <http://bit.ly/1VauFaj> (última visita: 17/07/2015).

<sup>38</sup> Vela Sánchez, Antonio J. *op. cit.* Páginas 67 y siguientes.

<sup>39</sup> Ley 35/1988, de 22 de noviembre y Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Asistida.

ejemplo, nada se dice acerca de la posibilidad que existe de que el niño nazca con algún problema de salud o que durante el embarazo se detecte alguna malformación.

Dado que en la actualidad los casos de personas que recurren a la gestación por sustitución para ser padres ha aumentado considerablemente, es necesario proceder a regularizar la materia y dejar de utilizar el fraude de ley por el que se permite inscribir a los niños que nacen mediante gestación por sustitución fuera de nuestro país.

## 7. CONCLUSIÓN.

Como hemos podido comprobar a lo largo del desarrollo de este trabajo, la gestación por sustitución, es un técnica controvertida que ha sido empleada en diferentes países del mundo desde los años 70. Aunque en nuestro Estado está expresamente prohibida su utilización, son numerosos los rostros conocidos y anónimos que han sido padres y madres de esta forma.

Como ya he afirmado con anterioridad, es necesario que el legislador tome conciencia de que se trata de un fenómeno que se encuentra en plena expansión y que resultaría recomendable proceder a realizar una regulación que no sólo permitiera el uso de la maternidad subrogada en España, sino que contuviera una normativa clara, que garantizara la protección de todas las partes implicadas en el proceso, evitando así que se dieran situaciones en las que cosificara al menor o se mercantilizara de forma indiscriminada con el uso de esta técnica (que es el mayor temor que tienen muchos expertos).

Independientemente de las condiciones de cada persona y sin que deban importar aspectos tales como la condición sexual, las condiciones físicas, etc., todas las personas deberían tener derecho y posibilidades reales de poder convertirse en padres. Aunque parte de la doctrina, e incluso de la jurisprudencia, considera que esto es así, lo cierto es que hay evidentes desigualdades, sobre todo en lo que al aspecto económico se refiere.

Actualmente adoptar es un proceso que se prolonga muchos años y que supone un alto desembolso económico (viajes, trámites, etc.), lo que provoca que muchas parejas renuncien a la misma. Algo parecido ocurre con las técnicas de reproducción asistida legales: son excesivamente caras y acceder a ellas mediante la sanidad pública implica esperar un número elevado de años. El uso de la gestación por sustitución es en este momento exclusivo para las personas con un poder adquisitivo alto que acuden a Estados Unidos para poder alquilar un vientre. Es por ello que sí hay desigualdades entre los ciudadanos de un mismo país.

Quizás si se procediera a regular la gestación por sustitución de una forma adecuada, se podría conseguir que se establecieran unos requisitos básicos que permitieran convertir el alquiler de vientres en un negocio, evitando que algunas personas utilizarían comercien con ello de forma indiscriminada.

## 8. BIBLIOGRAFÍA.

- COBACHO GÓMEZ, José Antonio. *Comentarios a la Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre técnicas de Reproducción Humana Asistida*. Editorial Aranzadi. Navarra 2007.
- DÍAZ DE TERÁN, M<sup>o</sup> Cruz. *Derecho y nueva eugenesia*. Eunsa. Navarra. 2005.
- JIMENEZ MUÑOZ, Francisco Javier. *La reproducción asistida y su régimen jurídico*. Reus.
- LLEDÓ YAGÜE, Francisco. *Compendio de Derecho Civil: Derecho de Familia*. Dykinson. Madrid. 2004.
  - *Fecundación artificial y derecho*. Editorial Tecnos. Madrid 1988. Páginas 146 y siguientes.
- VELA SÁNCHEZ, Antonio J. *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*. Editorial Comares. Granada 2012.
- VILAR ROJAS, Silvia *Situación actual de la gestación por sustitución*. *Revista de Derecho UNED*, núm. 14, 2014. Páginas 897 y siguientes.