



UNIVERSIDAD JAUME I DE CASTELLÓN DE LA PLANA

Facultad de Ciencias Jurídicas y Económicas

Departamento de Derecho Privado

GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN ESPAÑA

UN ESTUDIO CON APOYO EN EL DERECHO COMPARADO Y
ESPECIAL REFERENCIA A CALIFORNIA (EEUU) Y PORTUGAL

TESIS DOCTORAL

Presentada por:
Silvia Vilar González

Dirigida por:
Prof. Dr. D. Francisco-Javier Zamora Cabot
Catedrático de Derecho Internacional privado
Profa. Dra. D^a. Iciar Cordero Cutillas
Profesora Titular de Derecho Civil

**Castellón de la Plana
2017**

GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN ESPAÑA

PERSPECTIVA EN DERECHO COMPARADO CON ESPECIAL
REFERENCIA A CALIFORNIA (EEUU) Y PORTUGAL

SILVIA VILAR GONZÁLEZ

Castellón de la Plana
2017

A mi familia, por su apoyo y su paciencia

Nulla dies sine línea
Cayo Plinio Cecilio Segundo

LISTA DE ABREVIATURAS

AAP	Auto de la Audiencia Provincial
AB	<i>Assembly Bill</i> (California)
ABGB	Código Civil austríaco - <i>Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch</i>
ADC	Anuario de Derecho Civil
ADI	<i>Ação Direta de Inconstitucionalidade</i> (Brasil)
ADPF	<i>Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental</i> (Brasil)
AdVermiG	Ley alemana de Adopciones y de Prohibición en la Intermediación de la Gestación por Sustitución de 1976 - <i>Gesetz über die Vermittlung der Annahme als Kind und über das Verbot der Vermittlung von Ersatzmüttern</i>
AP	Audiencia Provincial
ART	<i>Artificial Reproductive Technologies</i>
Art./Arts.	Artículo/s
ASRM	<i>American Society for Reproductive Medicine</i> (EEUU)
ATS	Auto del Tribunal Supremo
BGB	Código Civil alemán - <i>Bürgerlichen Gesetzbuch</i>
BGH	Corte Federal de Justicia alemana - <i>Bundesgerichtshof</i>
BOAM	Boletín Oficial de la Asamblea de Madrid
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
BOE	Boletín Oficial del Estado
C.	Contra
C.D. Cal.	<i>Central District of California</i> (EEUU)
CAHBI	Comité <i>Ad Hoc</i> de Expertos en el Progreso de las Ciencias Biomédicas del Consejo de Europa
Cal.	California
Cal. Ct. App.	Corte de Apelación de California
CC	Código Civil
CDBI	<i>Steering Committe of Bioethics</i> (Europa)
CDN	Convención sobre los Derechos del Niño
CE	Comunidad Europea
CE1978	Constitución española
CEE	Comunidad Económica Europea
CFM	<i>Conselho Federal de Medicina</i> (Brasil)
CICIG	Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala
Cit.	Citado
CNECV	<i>Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida</i> (Portugal)
CNPMA	<i>Conselho Nacional Procriação Medicamente Assistida</i> (Portugal)
CNRHA	Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida
Coord.	Coordinador/es
CP	Código Penal
CTOP	<i>Choice on Termination of Pregnancy Act 92 of 1996</i> (República Sudafricana)
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
Dir.	Director/es
DNI	Documento nacional de identidad
DNV	<i>Declaração de nascido vivo</i> (Brasil)

DOCE	Diario Oficial de la Comunidad Europea
DOE	Diario Oficial de Extremadura
DOU	<i>Diário Oficial da União</i> (Brasil)
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
ECHR	<i>European Convention on Human Rights</i>
Ed.	Editor/es
EEUU	Estados Unidos de América
ESchG	Ley alemana para la Protección de Embriones de 1990 - <i>Gesetz zum Schutz von Embryonen</i>
ESHRE	<i>European Society of Human Reproduction and Embryology</i>
ET	Estatuto de los Trabajadores
Et al.	Y otros
EU	<i>European Union</i>
EWHC	<i>High Court of Justice of England and Wales</i> (UK)
FAM	<i>California Family Code</i> (EEUU)
FCE	Fondo de Cultura Económica (Argentina)
FIV	Fecundación <i>in vitro</i>
FMedG	Ley austríaca 275/1992, sobre Medicina Reproductiva - <i>Bundesgesetz mit dem Regelungen über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung getroffen</i>
GDS	<i>Gestação de Substituição</i>
GPA	<i>Gestation pour autrui</i>
HCCH	<i>Hague Conference on Private International Law</i>
HFEA	<i>Human Fertilisation and Embryology Act 2008</i> (UK)
HLA	Antígenos leucocitarios humanos (<i>human leukocyte antigen</i>)
HSC	<i>Health and Safety Code</i> (California-EEUU)
IA	Inseminación artificial
Ibíd.	<i>Ibidem</i> , en el mismo lugar.
ICMART	<i>International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology</i>
ILCS	<i>Illinois Compiled Statutes</i> (EEUU)
ILP	Iniciativa legislativa popular
INSS	Instituto Nacional de la Seguridad Social
IPRG	Ley federal suiza sobre Derecho internacional privado - <i>Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht</i>
Iss.	<i>Issue</i>
JIMA	<i>Journal of the Islamic Medical Association of North America</i>
LCJIMC	Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil
LEC2000	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
LEC1881	Antigua Ley de Enjuiciamiento Civil, de 5 de febrero de 1881
LGBTI	Lesbianas, gays, bisexuales y transgénero e intersexuales
LGSS	Ley General de la Seguridad Social
LPMA	<i>Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, Procriação Medicamente Assistida</i> (Portugal)
LRC1957	Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil
LRC2011	Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil
LTRHA	Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida
MAP	<i>Medically assisted procreation</i>

Núm.	Número (también podrá aparecer como n., nº, n.º o no., dependiendo del país o del texto legal a que se esté haciendo referencia, con tal de respetar su denominación original)
OFJ	<i>Office Fédéral de la Justice</i> (Suiza)
OMS	Organización Mundial de la Salud
ONU	Organización de las Naciones Unidas
Pág.	Página
PNL	Proposición No de Ley
Pte.	Ponente
R.D.	Real Decreto
Rec.	Recurso
Ref.	Referencia
Reg.	Registro
Reg. Sess.	<i>Regular Session</i> (California-EEUU)
Res.	Resolución
REsp	Recurso Especial
RF	<i>Russian Federation</i>
RMA	<i>Federal Act on Medically Assisted Reproduction</i> (Suiza)
RRC	Reglamento del Registro Civil
SC	<i>Supreme Court</i> (EEUU)
Sec.	Sección
SEF	Sociedad española de fertilidad
SNS	Sistema nacional de la Salud
SSI	Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad
StbG	Ley austríaca 311/1985, sobre Ciudadanía - <i>Bundesgesetz über die österreichische Staatsbürgerschaft</i>
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STF	<i>Supremo Tribunal Federal</i> (Brasil)
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
Supl.	Suplemento
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TJ	Tribunal de Justicia
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TRA	Técnicas de reproducción asistida
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
U.S.C.	<i>United States Code</i> (EEUU)
UE	Unión Europea
UK	<i>United Kingdom</i>
UNCRC	Convención sobre los Derechos del Niño
UNED	Universidad española de educación a distancia
UNESCO	Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura
UNODC	Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito
UPA	<i>Uniform Parentage Act</i> (California-EEUU)
USCACA	<i>Uniform Status of Children of Assisted Conception Act</i> (EEUU)
V.	<i>Versus</i>
Vol.	Volumen
ZGB	Código Civil - <i>Schweizerisches Zivilgesetzbuch</i> (Suiza)

ÍNDICE SISTEMÁTICO

INTRODUCCIÓN.	15
INTRODUCTION.	23
CAPÍTULO I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.	29
1.1. El aumento de la infertilidad y el nacimiento de las técnicas de reproducción asistida (TRA).....	30
1.2. Los nuevos modelos de familia.....	37
CAPÍTULO II. PRECISIONES CONCEPTUALES EN TORNO A LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.	47
2.1. Concepto.....	47
2.2. Terminología.....	52
2.3. Elementos subjetivos.....	56
CAPÍTULO III. MODALIDADES DE GESTACIÓN SUBROGADA.	69
3.1. Dependiendo de la procedencia de los gametos para la fecundación. .	69
3.2. Desde el punto de vista económico.	77
3.3. En base al momento de atribución legal de la paternidad a favor de los comitentes.....	81
3.4. Desde la perspectiva de la territorialidad del acuerdo.....	82
3.5. La denominada gestación por sustitución “social”.....	87
CAPÍTULO IV. POSTURAS A FAVOR Y EN CONTRA.....	93
CAPÍTULO V. SITUACIÓN ACTUAL DE LA GESTACIÓN SUBROGADA EN DERECHO COMPARADO.	99
5.1. Países que prohíben la gestación por sustitución.....	108
5.1.1. Alemania.	108
5.1.2. Francia.....	110
5.1.3. Italia.....	113
5.1.4. Suiza.....	117
5.2. Países que no la regulan expresamente.	120
5.2.1. Austria.	120
5.2.2. Bélgica.....	123
5.2.3. Brasil.....	128

5.2.4.	Irlanda.....	134
5.3.	Países en que está permitida.....	138
5.3.1.	Grecia.....	138
5.3.2.	Israel.....	143
5.3.3.	Reino Unido.....	149
5.3.4.	República Sudafricana.....	154
5.3.5.	Rusia.....	161
5.3.6.	Vietnam.....	165
5.4.	Cambio de tendencia en países típicos de turismo reproductivo.....	167
5.4.1.	India y Nepal.....	168
5.4.2.	Tailandia.....	171
5.4.3.	México.....	173
5.5.	Situación en los países de origen musulmán.....	175
CAPÍTULO VI. REGULACIÓN LEGAL ESPAÑOLA EN LA MATERIA.....		181
6.1.	Antecedentes legislativos.....	181
6.1.1.	El “Informe Palacios”.....	181
6.1.2.	La Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida y normas de desarrollo.....	185
6.2.	La gestación por sustitución en la regulación vigente.....	191
6.2.1.	La Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida y normativa complementaria.....	191
6.2.2.	La nulidad de pleno derecho civil.....	207
6.2.3.	Sanciones del orden administrativo.....	210
6.2.4.	Sanciones penales.....	215
6.3.	Menciones en la legislación autonómica.....	221
CAPÍTULO VII. GESTACIÓN SUBROGADA FRENTE A ADOPCIÓN NACIONAL O INTERNACIONAL.....		225
7.1.	Cuestiones generales.....	227
7.2.	Breve referencia al régimen jurídico español en adopción.....	230
7.3.	Restricciones que han llevado al descenso de las adopciones.....	237
7.4.	El régimen de la <i>kafala</i>	239
7.5.	Abusos en la adopción internacional.....	243
CAPÍTULO VIII. LA INSCRIPCIÓN DE LOS NACIDOS POR ESTA VÍA EN EL REGISTRO CIVIL ESPAÑOL.....		249

8.1. Inscripción en base a la Ley sobre el Registro Civil de 1957 y su Reglamento.....	250
8.2. La actual Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil.....	262
8.3. La inscripción registral basada en documentos judiciales y extrajudiciales extranjeros.....	276
CAPÍTULO IX. DOCTRINA ADMINISTRATIVA Y JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA EN MATERIA DE INSCRIPCIÓN. LA INCIDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.....	287
CAPÍTULO X. CUESTIONES DEL ÁMBITO LABORAL.....	325
10.1. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.....	325
10.2. Legislación y jurisprudencia laboral española en la materia.....	330
CAPÍTULO XI. AVANCES E INICIATIVAS LEGISLATIVAS RECIENTES PARA LA REGULACIÓN LEGAL DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.....	341
CAPÍTULO XII. SITUACIÓN LEGAL DE LA GESTACIÓN SUBROGADA EN CALIFORNIA (EEUU).....	355
12.1. Consideraciones generales y antecedentes legislativos.....	355
12.2. La determinación de la filiación en su Código de Familia.....	362
12.3. Previsiones normativas expresas en relación a la gestación por sustitución.....	367
12.4. Jurisprudencia destacada. Problemas que surgen en la práctica.....	375
CAPÍTULO XIII. SITUACIÓN LEGAL DE LA SUBROGACIÓN EN PORTUGAL ...	399
13.1. Antecedentes legislativos en materia de reproducción asistida.....	399
13.2. La Ley portuguesa n.º 32/2006, de 26 de julio, sobre Reproducción Médicamente Asistida (LPMA).....	406
13.3. La nulidad inicial de la “maternidad de sustitución”.....	415
13.4. La sentencia n.º 101/2009, del Tribunal Constitucional portugués.....	416
13.5. La legalización de la gestación por sustitución con la Ley 25/2016, de 22 de agosto.....	419
CONCLUSIONES.....	431
CONCLUSIONS.....	439
BIBLIOGRAFÍA.....	447
JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA ADMINISTRATIVA CITADA.....	487

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo versa sobre la situación legal existente en España en torno a la gestación por sustitución, donde, en base al artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, todos aquellos contratos que la tengan por objeto, llevarán aparejada la nulidad de pleno derecho.

La justificación por la que hemos elegido este tema es múltiple. Por un lado, nos ha parecido interesante por ser de máxima actualidad, tanto en nuestro panorama nacional como en el ámbito internacional. Por otro lado, también despierta especialmente nuestro interés el hecho de que se trata de una cuestión con múltiples implicaciones, no sólo sociales, bioéticas o morales, sino del plano jurídico, el cual debería prestar una protección adecuada a todos los intervinientes en esta técnica, especialmente, a las partes más débiles del proceso, como son la gestante y el futuro niño que nacerá como consecuencia del acuerdo.

Como veremos, la mencionada sanción de la nulidad de pleno derecho establecida en la legislación española, no evita que las familias que desean tener hijos a través de esta técnica acudan al extranjero para hacer realidad su voluntad procreacional. Y más, teniendo en cuenta que en nuestro país se han habilitado mecanismos jurídicos que permiten la inscripción en el Registro Civil tanto del nacimiento, como de la filiación a favor de los padres intencionales e, incluso, que éstos puedan llegar a obtener las prestaciones por paternidad o maternidad del ámbito laboral, una vez inscrito el nacimiento.

Ello supone una clara incongruencia de nuestro ordenamiento jurídico, al sancionar con la nulidad de pleno derecho los acuerdos de subrogación por una parte, pero, por la otra, permitir su objetivo final consistente en la inscripción del nacimiento y de la filiación del niño o niños nacidos en el extranjero por esta vía.

En este contexto de inseguridad jurídica, los progenitores intencionales,

saben que tienen muchas probabilidades de alcanzar su meta en la práctica, pero nunca podrán estar completamente seguros de que no surgirá algún problema a la hora de tratar de practicar la inscripción del nacimiento en la Oficina Central del Registro Civil. Ni tampoco lo estarán, de que se les pudiera prestar la necesaria protección en caso de que alguna de las partes incumpliera sus obligaciones en los términos en que se ha comprometido contractualmente.

A través del estudio en profundidad de la legislación española existente en la materia, así como de la múltiple jurisprudencia que se ha dictado sobre la misma, comprobaremos que la gestación por sustitución es una realidad en aumento en nuestro país, a la que las familias recurren cada vez más como última opción para cumplir con su deseo de ser padres.

Nuestro objetivo consistirá en demostrar que los múltiples problemas que se plantean en la práctica, así como la necesidad de proteger el *status* jurídico de todos los elementos subjetivos intervinientes en el proceso, hacen necesario admitir legalmente en España la gestación por sustitución y tratar de alcanzar una regulación meditada y sosegada que fije claramente los requisitos necesarios y límites por los que su práctica deberá discurrir, ya que una prohibición evita que se cometan importantes abusos.

Trataremos de demostrar que, el hecho de no regular la cuestión que nos ocupa en los respectivos países o, incluso, sancionar su práctica con la mera nulidad de pleno derecho, no protege los derechos ni la dignidad de las partes más vulnerables del proceso. De hecho, es precisamente la prohibición establecida en los lugares de origen de muchos padres intencionales, lo que les lleva a recurrir a los países más desfavorecidos, en los que dicha práctica es más económica pero menos segura, corriendo el riesgo de verse sometidos a abusos derivados de la mercantilización de la filiación y de la instrumentalización de la mujer, alimentándose en dicho contexto la proliferación de mafias, mercados negros, la explotación de potenciales gestantes e, incluso, el tráfico de menores.

Independientemente de nuestra postura favorable o contraria a la gestación por sustitución, el presente trabajo pretende ser un punto de partida que demuestre la necesidad de legislar en relación con dicha materia que permita prestar una mayor atención a las necesidades y problemas específicos a los que se enfrentan los usuarios de ésta técnica de reproducción asistida.

Es innegable que se trata de una realidad contundente, una práctica a la que cada vez más personas recurren, y que una prohibición no disuade de llevarla a cabo a aquéllos que no vean más remedio que optar por esta posibilidad para ser padres.

No tiene ningún sentido que nuestra regulación vigente proporcione mecanismos que permitan alcanzar y consolidar jurídicamente sus objetivos a aquéllos que puedan permitirse recurrir a dicha práctica en el extranjero, pero que la prohíba dentro de nuestras fronteras, donde, sin embargo, también se lleva a cabo en la clandestinidad, como podremos comprobar con la noticia de la “Operación Princesita”, que salió a la luz en noviembre de 2016.

Tras estas consideraciones introductorias, por lo que respecta a la forma en que hemos estructurado los diferentes aspectos que componen el contenido sistemático de nuestro estudio, la presente tesis doctoral se compone de catorce capítulos.

Los cuatro primeros, corresponden a consideraciones generales y cuestiones previas que deben ser afrontadas para poder comprender los capítulos posteriores.

En el primero de ellos, abordaremos el nacimiento de las técnicas de reproducción asistida en un contexto de aumento de la infertilidad, la cual se debe, entre otros motivos, al acceso a la paternidad y maternidad a edades cada vez más tardías. Mencionaremos también las diferencias entre la técnica de la inseminación artificial y de la fecundación *in vitro*. Asimismo, comentaremos los nuevos modelos de familia existentes en la sociedad actual, que hacen necesarios razonamientos, enfoques y tratamientos alternativos,

fijando los límites jurídicos y, en su caso, las nuevas instituciones que otorguen respuesta a las novedosas necesidades planteadas y que protejan los intereses personales en juego.

En el segundo, realizaremos una serie de precisiones conceptuales en torno a la gestación subrogada, tratando de determinar su concepto, los diversos términos empleados por la doctrina para referirse a la misma e identificaremos los distintos elementos subjetivos que participan en el proceso.

El tercer capítulo es el relativo a las distintas modalidades de gestación subrogada. Distinguiremos entre la gestación por sustitución tradicional y la gestacional, la llevada a cabo bajo la modalidad onerosa o bajo la gratuita, los acuerdos de subrogación nacionales y los internacionales, es decir, dependiendo de la territorialidad del acuerdo, así como de la gestación por sustitución “social”. También distinguiremos los acuerdos de subrogación dependiendo del momento de atribución legal de la paternidad a favor de los padres de intención, ya que en algunos países se materializa la filiación a favor de los padres intencionales con efectos *ex ante*, es decir, antes del nacimiento del menor, lo que permitirá a los comitentes figurar directamente y desde un primer momento como padres del niño en el certificado de nacimiento, frente a otros países en que tan solo se permite establecer dicha filiación a favor de los progenitores de intención con efectos *ex post facto*, es decir, transcurrido un determinado periodo tras el nacimiento del niño.

En el cuarto capítulo, abordaremos posturas a favor y en contra de la figura que nos ocupa y trataremos de defender la necesidad de legislar en torno a su aprobación, con la finalidad principal de evitar malas prácticas y los efectos negativos que conlleva su desregulación. Nos encontremos a favor o en contra de la gestación por sustitución, no se puede negar que se trata de una realidad en aumento, y el hecho de no ser legal en los respectivos países es, precisamente, lo que lleva a las familias a acudir a aquellos otros en los que sí se permite, ya sea legalmente, o en la práctica. Quienes pueden permitirse económicamente recurrir a aquéllos que ofrecen más garantías, como es el caso de Estados Unidos, posiblemente no tengan demasiadas complicaciones.

Pero quienes no tienen más remedio que optar por aquéllos otros más desfavorecidos, se arriesgan a verse expuestos a los resultados negativos y la problemática derivada de comerciar en los ámbitos de la gestación y de la filiación.

En el capítulo quinto, realizaremos un estudio de derecho comparado que aborde los distintos tratamientos jurídicos prestados a la figura que nos ocupa en los países con las posturas más representativas en la materia para, con ello, determinar las principales tendencias mundiales en torno a su regulación. Consideramos fundamental conocer la situación global de la gestación subrogada en derecho comparado y las posturas adoptadas mayoritariamente por los diferentes países del mundo, lo que permitirá conocer las distintas opciones y enfoques que sería posible otorgar a dicha figura en una probable regulación española en la materia.

A continuación, en los capítulos sexto a undécimo, profundizaremos en la situación legal existente en nuestro país en torno a la gestación subrogada.

El capítulo sexto, es el relativo a la normativa en materia de técnicas de reproducción asistida. Estudiaremos, desde las menciones efectuadas en los antecedentes legislativos en dicha materia, hasta la situación legal derivada de la actual Ley 14/2006, de 26 de mayo. También concretaremos las sanciones que podrían ser de aplicación, tanto del ámbito civil, como del orden administrativo o penal, en caso de que la misma se llevase a cabo en nuestro país. Y trataremos, por último, las distintas menciones a la figura que nos ocupa que se han advertido en la legislación autonómica.

En el capítulo séptimo, hablaremos de la gestación por sustitución frente a la adopción, tanto nacional como internacional, la cual constituye un tema tangencial, que guarda cierta relación con la subrogación por tratarse de otra forma de acceder a la paternidad. No obstante, por exceder de la materia que nos ocupa, no nos extenderemos en profundidad en su estudio, limitándonos a tratar de demostrar las dificultades actuales a que se enfrentan quienes se deciden por la adopción como vía de acceso para formar su propia familia para,

con ello, poder comprender las motivaciones que hacen que muchos otros se decidan por la gestación subrogada.

El capítulo octavo corresponde al régimen actual en materia de inscripción en el Registro Civil, tanto de los nacimientos como de la filiación derivados de la subrogación, considerando necesario mencionar el régimen resultante de la anterior Ley sobre el Registro Civil de 1957, dado que la actual Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil ha entrado completamente en vigor el día 30 de junio de 2017 y, por tanto, todavía no podemos determinar la problemática concreta derivada de su aplicación.

En el capítulo noveno, realizamos un estudio en profundidad de la doctrina administrativa concretada, fundamentalmente, en las resoluciones e instrucciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, que tan importante papel ha jugado en materia de inscripción registral de los nacidos por esta vía en el extranjero. Y también de las sentencias del ámbito civil a que hemos tenido acceso, desde las dictadas por los Juzgados de primera instancia, hasta las formuladas por el Tribunal Supremo. En este capítulo, haremos una especial mención a la incidencia de las sentencias dictadas en el año 2014 por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los asuntos *Mennesson y Labassee contra Francia*, y las sentencias en el asunto *Paradiso y Campanelli contra Italia*, de los años 2015 y 2017.

En el capítulo décimo, abordaremos las cuestiones del ámbito laboral. Empezaremos estudiando las sentencias C-167/12 y C-363/12, dictadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el año 2014, para entrar a continuación en la legislación y jurisprudencia española en materia laboral relacionada con la gestación por sustitución, tratando de concretar las prestaciones en dicho ámbito que es habitual conferir a los padres intencionales que se hayan convertido en tales mediante el recurso a la gestación subrogada.

El undécimo capítulo, último relativo a la situación existente en España, versa sobre los más importantes avances e iniciativas legislativas que están

tratando de impulsar la aprobación de la gestación por sustitución en nuestro país, en especial, la Propuesta de Bases Generales para la Regulación en España de la Gestación por Sustitución, presentada en el mes de abril de 2016 por el Grupo de Ética y Buena Práctica de la Sociedad Española de Fertilidad (SEF).

En los dos últimos capítulos de nuestro trabajo, continuaremos con el estudio de derecho comparado, pero para profundizar, en esta ocasión, en la situación legal existente en torno a la gestación subrogada en California (EEUU) y Portugal, por estimar que constituyen dos de los que consideramos lugares más representativos en la materia. California, por ser pionero en su práctica y regulación, así como por considerarlo el lugar que más garantías ofrece a las personas que desde el extranjero acuden al mismo con la intención de ser padres por esta vía. Y, en cuanto a Portugal, por ser uno de los países europeos más próximos a España, con el que compartimos historia, cultura y geografía, y en el que más recientemente se ha aprobado dicha figura, aunque apresuradamente y con muchas carencias, tal y como estima gran parte de la doctrina lusa, como veremos.

Para finalizar, como culminación del estudio en profundidad efectuado en los capítulos precedentes, expondremos de forma sintética las conclusiones alcanzadas, de las que se podrá deducir la clara necesidad de establecer una regulación positiva de la gestación subrogada en nuestro país.

INTRODUCTION

This dissertation deals with the current legal situation on surrogacy technique in Spain, where, according to section 10 of the *Ley 14/2006, de 6 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida* (Assisted Human Reproduction Act), any agreement aimed at such programmes shall be null and void.

We have chosen this subject matter for several reasons. On the one hand, we consider it to be interesting due to its maximum relevance, at both a national and international levels. On the other hand, it involves not just social, bioethical and moral considerations but legal implications which should provide protection to all the individuals involved in such technique, particularly to the weakest parties of the process, that is, the surrogate mother and the child born as a consequence of the surrogacy agreement.

As will be discussed later, the declaration of the null and void agreement prescribed by the Spanish law does not prevent families willing to have children through this technique from going abroad to fulfil their procreation will. Furthermore, keeping in mind that in our country various legal mechanisms have been implemented which allow the birth registration in the Registry Office as well as the filiation in favour of the intended parents who, even further, might get fatherhood or motherhood allowances once the child's birth has been registered.

All the above leads to a clear incongruence of our legislative framework as it declares null and void any surrogacy agreement on the one hand, but it allows the birth registration and the filiation of the child born abroad by such means, on the other.

In this context of legal uncertainty, the intended parents are aware of the actual fact that it is very likely to achieve their goal in practice, but that does not guarantee a full birth registration in the corresponding Central Registry Office. It neither guarantees complete legal protection in case any of the parties involved

does not obey its obligations under the terms and conditions in which they are bound to in the contract.

By means of a thorough study of the current Spanish legislation on the matter as well as a deep insight into the existing precedents, it will be proved that surrogacy is an increasing reality in our country, to which families increasingly resort to as a last option in realising their desire for parenthood.

The aim of our study is to prove that the many concerns raised in actual practice as well as the need to protect the legal status of all the intervening parties in the process, make it necessary to legally admit surrogacy in Spain and to introduce well thought out regulations which clearly set out the requirements and limits on which surrogacy should proceed along, since a prohibition does not prevent important abuses from being committed.

Furthermore, we intend to prove that the fact that the matter at hand in their home countries is an unregulated issue or a null and void agreement does not protect the rights nor the dignity of the vulnerable parties involved in the process. In fact, it is the established prohibition in the birthplace of many intended parents what conducts them to turn to developing countries in which such practice is more economical but less reliable, taking the risk of being abused by the commercialisation of filiation and the manipulation of women, promoting the proliferation of criminal groups, black markets, the exploitation of potential pregnant mothers and, even, child trafficking.

Regardless of our position in favour of or against surrogacy, this thesis aims to provide a starting point to show the need for legislation on the matter, regulation that pay closer attention to the necessities and specific problems to which users of such assisted reproduction technique face.

Needless to say we are before a blunt reality, a highly recurring practice, to which any ban will not dissuade those who have no other alternative but resorting to such option to parenthood.

It does not make much sense that our current regulation provides legal mechanisms for those who intend to perform such practice abroad, but it is outlawed within our boundaries. However, it is also carried out underground as we learn from the news “Operación Princesita” that came to light in November 2016.

Following these introductory remarks, with regard to the structure of the different aspects that shape the systematic contents of our study, the present doctoral thesis consists of fourteen chapters.

The first four chapters correspond to general considerations and previous issues that should be dealt with for the comprehension of subsequent chapters.

In the first chapter, we tackle the origin of assisted reproduction techniques within a framework of increases in infertility related to delayed parenthood. The existing differences between the artificial insemination technique and in-vitro fertilisation should also be mentioned. We will comment as well on the rising family models available in today’s society which make alternative arguments, approaches and processes necessary by setting the legal limits and, where appropriate, the corresponding modern institutions that give response to the new stated needs and protect the personal interests affected.

In the second chapter, several conceptual clarifications about surrogacy will be made. We will attempt to identify the concepts around surrogacy, the different terms used by the doctrine to refer to the same and the various subjective elements involved in the process.

The third chapter is that relating to the various forms of surrogacy. We will distinguish between traditional surrogacy and gestational surrogacy, the onerous modality from the free-of-charge one, national surrogacy agreements from international surrogacy agreements, that is, according to the territoriality of the agreement, and ‘social’ surrogacy. We will also differentiate between the surrogacy agreements depending on the moment of the statutory powers of paternity in favour of the intended parents, since in some countries the filiation

in favour of the intended parents is materialised with *ex ante* effects, that is, before the birth of the minor, which allows the principals to direct entry and from the outset as the child's parents on the birth certificate, compared to other countries in which the filiation in favour of the intended parents is just established with *ex post facto* effects, that is, after a certain period of time following the birth of the child.

In the fourth chapter, in favour and against positions over the notion that concerns us will be confronted and we will try to defend the need to legislate over its approval in order to avoid malpractices and negative effects which lead to its deregulation. Regardless of our position in favour of or against surrogacy, we are certainly before an increasing reality whose lack of regulation in the respective countries takes families to resort to those nations in which it is legal or it is being implemented. Those who can afford to turn to countries that offer more guarantees, as is the case of the United States, should not have many complications. Nevertheless, those who have no other alternative but to resort to developing countries take the risk of being exposed to the negative aspects and problems derived from trading in the fields of gestation and filiation.

In chapter number five, a study of comparative law will be accomplished. Such study intends to discuss the various legal treatments rendered to the concept we are dealing with in the countries with the most representative viewpoints on the matter. By doing so we will determine the main world trends around its regulation. In our opinion, it is crucial to be aware of the global situation of surrogacy in comparative law and the positions mostly adopted by the different countries worldwide since it will allow us to know the diverse options and approaches applicable to the mentioned concept before a likely Spanish regulation on the subject.

Subsequently, from chapter six to eleven, a further analysis on the current legal framework around surrogacy in our country is required.

Chapter six relates to the legislation on assisted reproduction techniques. We will study from the references contained in legal precedents on the said

matter to the legal status arising from the current *Ley 14/2006, de 26 de mayo* (Law 14/2006, of 26 of May). We will also determine the sanctions that could be implemented in the civil, administrative and criminal-related action in the event that surrogacy was legalised in our country. Different references to surrogacy observed in regional legislation will be addressed as well.

In chapter seven, we will tackle surrogacy against adoption, both national and international, which is a tangential issue that maintains a certain relation to surrogacy since it is another way of accessing paternity. However, for exceeding to the matter in hand, we will not extend thoroughly in its study. We will attempt to prove the current difficulties that those involved in adoption as the means to start their own family face. By doing so, we will be able to understand the motives for which many others opt for surrogacy.

Chapter eight corresponds to the current regime in terms of civil registration of births as well as of filiation arising from surrogacy, being necessary to deal with the regime of the previous *Ley sobre el Registro Civil de 1957* (Civil Registration Act of 1957), due to the fact the current *Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil* (Civil Registration Act 20/2011, of 21 of July) will not come into force until 30 June 2017, thus, problems derived from its application cannot yet be identified.

In chapter nine, we carry out an in-depth study of the administrative doctrine in the decisions and instructions from the *Dirección General de los Registros y del Notariado* (Directorate General for Registers and Notaries), which has played a significant role in the area of birth registration in this way abroad. We also study the available judgements in the area of civil law from the ones handed down by the *Juzgados de primera instancia* (courts of first instance) to the ones formulated by the Supreme Court. In the present chapter, we will make special mention to the decisions issued by the European Court of Human Rights in the cases *Mennesson v. France* and *Labassee v. France* in 2014, and the judgements in the case *Paradiso and Campanelli v. Italy*, in 2015 and 2017.

Labour issues will be tackled in chapter ten, being the starting point the analysis of the judgements C-167/12 and C-363/12, handed down by the European Court of Justice in 2014, following the Spanish legislation and jurisprudence on labour law regulations related to surrogacy, working on the details of the benefits in such a field which are usually granted to intended parents who have become such through surrogacy.

The last chapter relates to the current state of affairs in Spain and deals with the major outstanding progress and legislative initiatives that attempt to promote the adoption of surrogacy in our country, particularly the *Propuesta de Bases Generales para la Regulación en España de la Gestación por Sustitución* (General Proposal for the Regulation of Surrogacy in Spain), submitted in April 2016 by the *Grupo de Ética y Buena Práctica de la Sociedad Española de Fertilidad (SEF)* (Group of Ethics and Good Practice of the Spanish Fertility Society).

In the last two chapters of the present dissertation, we will resume our study of comparative law on this occasion to further the existing legal situation around surrogacy in California (USA) and Portugal since they are two of the most representative places on the subject matter. On the one hand, California, for being pioneer in its practice and regulation as well as for being considered the state that offers more guarantees to those people who resort to it from abroad with the intention of becoming parents by this means. Portugal, on the other hand, for being one of the closest European countries to Spain; a country with whom we share history, culture and geography, and in which such legal concept has recently been adopted, although hastily and with numerous shortcomings, as it is considered by the vast majority of the Portuguese doctrine, as we shall see.

In conclusion, as completion of the in-depth study accomplished in previous chapters, we will briefly summarise the conclusions reached, from which it may be deducted the clear need to establish a positive regulation of surrogacy in our country.

CAPÍTULO I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.

El avance exponencial de la ciencia que ha tenido lugar en los últimos años y a lo largo de todo el siglo XX¹, ha permitido la consecución de grandes logros en los campos de la medicina y de la biomedicina, como el descubrimiento de la penicilina (1928)², el desciframiento del genoma humano (1960)³ o los primeros trasplantes de riñón (1950)⁴, hígado (1963)⁵ o corazón (1967)⁶, que actualmente ya constituyen una práctica rutinaria⁷.

Dicha revolución científica también ha tenido su reflejo en el ámbito de la reproducción asistida⁸, permitiendo a las familias replantearse sus opciones de acceso a la descendencia con nuevas posibilidades hasta hace unos años impensables, como el primer niño engendrado con la técnica experimental del ADN de tres progenitores⁹.

¹ Denominado acertadamente por algunos autores como el “siglo de la ciencia”. En SÁNCHEZ RON, J.M., *El Siglo de la Ciencia*, Editorial Taurus. Madrid, 2000. O en SOUTO PAZ, J.A., “El informe Palacios y la Ley de Reproducción Asistida”, en DÍAZ MARTÍNEZ, A., *Régimen jurídico de la reproducción asistida en España: el proceso legal de reformas*. Dykinson. Madrid, 2006. Pág. 187.

² Por Alexander Fleming en 1928. VIRUEZ SOTO, J.A., “Descubrimiento de la penicilina”. *Revista SCientífica*, Núm. 6. La Paz (Bolivia), 2008. Pág. 78-79.

³ El desciframiento de la secuencia del genoma humano no sólo ha supuesto un hito científico, sino que es un descubrimiento que ha abierto la puerta a nuevas posibilidades y desarrollos. En SÁNCHEZ PATRÓN, J.M., “La investigación genética en el marco jurídico internacional europeo”, en SALCEDO BELTRÁN, C. (Coord.), *Investigación, genética y Derecho*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2008. Pág. 239.

⁴ Efectuado con éxito por Lawyer y West en 1954 entre dos gemelos idénticos. En JIMÉNEZ BONILLA, R., “La Bioética. Una necesidad en el mundo actual”. *Revista Médica del Hospital Nacional de Niños Dr. Carlos Sáenz Herrera*, Vol. 39, Núm. 2. San José de Costa Rica, 2004. Pág. 63-68.

⁵ Llevado a cabo por Thomas Earl Starz. GRACIA, D., “Trasplante de órganos: medio siglo de reflexión ética”. *Revista Nefrología*. Vol. XXI, Supl. 4. Editorial Elsevier. Santander, 2001. Pág. 13-29.

⁶ Dicho tipo de trasplante realizado por primera vez en un ser humano, fue realizado por Christiaan Barnard en el año 1967. JIMÉNEZ BONILLA, R., “La Bioética...”, cit., pág. 63-68.

⁷ Hoy en día podemos incluso hablar del primer trasplante de cabeza de un ser humano, que pretende llevar a cabo a finales del año 2017 el doctor italiano Sergio Canavero -a quien ya se conoce como el “Frankenstein del siglo XXI”-. Véase “Valery Spiridonov, el hombre que quiere someterse al primer trasplante de cabeza en la historia”. *BBC*, 30/09/2016. En <<http://www.bbc.com/mundo/noticias-37415440>>. Última consulta 17/04/2017.

⁸ GARCÍA RUIZ, Y., *Reproducción humana asistida. Derecho, conciencia y libertad*. Comares. Albolote (Granada), 2004. Pág. 51.

⁹ Que permite a personas con mutaciones genéticas raras concebir hijos sanos empleando gametos del padre, el núcleo del óvulo de la madre y el citoplasma con mitocondrias sanas del óvulo de una donante, en el que se inserta el núcleo de la madre, óvulo que será posteriormente fertilizado con espermatozoides del padre. Los niños engendrados a partir de

Pero es necesario tener en cuenta que la ciencia avanza en muchas ocasiones más rápido que el Derecho¹⁰, lo que hace necesario acometer las oportunas modificaciones legislativas que presten cobertura legal a los nuevos retos planteados¹¹, dando respuesta con ello a las necesidades y reivindicaciones sociales que, en muchas ocasiones, logran inducir la voluntad política y del legislador¹².

Para que los nuevos procesos experimentales se desarrollen con las máximas garantías¹³ y que el progreso científico no se alcance a costa de la dignidad humana, es necesario fijar jurídicamente los límites en los que puedan discurrir las novedosas investigaciones¹⁴ que han hecho posible el desarrollo y empleo de hasta hace poco tiempo inimaginables técnicas de reproducción asistida como alternativa a la esterilidad, tratando de evitar la colisión con el respeto a la vida, la dignidad humana y los derechos y libertades fundamentales de las personas¹⁵.

1.1. El aumento de la infertilidad y el nacimiento de las técnicas de reproducción asistida (TRA).

esta técnica, tienen conexión genética con tres personas, pero sólo un 0'2% del ADN de la gestante, procediendo el resto de los padres biológicos. Véase "Primer bebé con tres padres genéticos". *El Mundo*, miércoles 28 de septiembre de 2016. Pág. 24.

¹⁰ Es cierto, tal y como afirma VERA LÚCIA RAPOSO, que "el derecho camina pero la ciencia galopa". En RAPOSO, V.L., *O Direito à Imortalidade. O exercício dos direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto jurídico do embrião in vitro*. Vol. II, Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, 2012. Pág. 309-311.

¹¹ FERNÁNDEZ-RIVERA GONZÁLEZ, P., "Mater semper certa est? Las instituciones familiares en el Derecho romano y en el Derecho vigente: Especial referencia a la determinación de la filiación en la maternidad subrogada", 2016. Disponible en: <http://igualdad.uniovi.es/c/document_library/get_file?uuid=cd901892-b04d-4ddd-b00c-75d05b225cc8&groupId=336079>. Última consulta: 15/09/2016. Pág. 12-13.

¹² ROCA TRIAS, E., *Libertad y familia*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2014. Pág. 237.

¹³ BELLVER CAPELLA, V., "¿Nuevas tecnologías? Viejas explotaciones. El caso de la maternidad subrogada internacional". *SCIO. Revista de Filosofía*. Núm. 11. Valencia, 2015. Pág. 38.

¹⁴ Porque, tal y como indica VERA LÚCIA RAPOSO "es la propia naturaleza humana la que nos impone constantemente la necesidad de ir más allá". En RAPOSO, V.L., *O Direito à Imortalidade...*, cit., pág. 356.

¹⁵ LÓPEZ PELÁEZ, P. "Filiación y reproducción asistida", en RAVETLLAT BALLESTE, I. (Coord.), *Derecho de la persona*. Editorial Bosch. Barcelona, 2011. Pág. 89.

Desde una perspectiva socio-antropológica, la infertilidad¹⁶ no es un problema actual, sino que afecta a la humanidad desde tiempos inmemoriales. Así, la imposibilidad de alcanzar la gestación de un modo simple y predecible¹⁷ puede ocasionar una gran frustración personal¹⁸, por las múltiples connotaciones tanto sociales¹⁹ como psicológicas²⁰ que van más allá del mero derecho a la protección de la salud, reconocido en el artículo 43.1 de la Constitución española²¹. Aunque algunas parejas asumen también voluntariamente dicha infertilidad y una vida sin hijos, dirigiendo sus objetivos hacia otras metas²².

Según estudios epidemiológicos recientes, se calcula que la esterilidad afecta en torno al 15%²³ de la población en edad fértil de los países en

¹⁶ La infertilidad se define por la Organización Mundial de la Salud como “la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales no protegidas”. En ICMART y OMS, “Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA). Versión revisada y preparada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS)”. Organización Mundial de la Salud, 2010. Disponible en: <http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology_es.pdf?ua=1>. Última consulta: 14/09/2016.

¹⁷ DIAZ BERNAL, Z. y GARCÍA JORDÁ, D., “La perspectiva de género y la relación médico-paciente para el problema de la infertilidad”. *Revista Cubana de Salud Pública*, Vol. 37, Núm. 1. Ciudad de La Habana, 2011. Disponible en: <http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0864-34662011000100009>. Última consulta: 12/09/2016. Pág. 2.

¹⁸ Diferentes informes nacionales, como el Informe Palacios de 1986, o el Informe Warnock de 1984, destacan la importancia de tener descendencia y formar una familia, acentuando el dolor asociado a la falta involuntaria de hijos y considerando a las TRA como el “remedio” más adecuado contra la infertilidad. En FARNÓS AMORÓS, E., *Consentimiento a la Reproducción Asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones*. Atelier Libros Jurídicos. Barcelona, 2011. Pág. 192.

¹⁹ DUARTE, T., *In Vitro Veritas? A Procriação Medicamente Assistida na Constituição e na Lei*. Almedina. Coimbra, 2003. Pág. 70.

²⁰ CALERO, J.L. y SANTANA, F., “La infertilidad como evento de frustración personal. Reflexiones de un grupo de varones de parejas infértiles”. *Revista Cubana de Salud Pública*, Vol. 17, Núm. 1. Ciudad de La Habana, 2006. Disponible en: <http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1561-29532006000100002>. Última consulta: 12/09/2016. Pág. 1.

²¹ Constitución española. «BOE» núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

²² AUGUSTO, A., “A regulação da reprodução medicamente assistida em Portugal: agentes, contextos e procesos”. En SILVA, S. y VELOSO, L. (Ed.), *Representações jurídicas das tecnologias reprodutivas: contributos para uma reflexão*. Universidade de Porto. Porto, 2009. Pág. 47-48.

²³ SOCIEDAD ESPAÑOLA DE FERTILIDAD (SEF), “Saber más sobre fertilidad y reproducción asistida”, Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad. Madrid, 2011. Disponible en: <http://www.sefertilidad.net/docs/pacientes/spr_sef_fertilidad.pdf>. Última consulta: 08/09/2016.

desarrollo²⁴, lo que se debe, además de a las distintas patologías o alteraciones en la anatomía que afectan a los órganos reproductivos masculinos y femeninos²⁵, también a que cada vez se decide acceder a la paternidad en edades más tardías²⁶, lo que influye innegablemente en la capacidad reproductiva tanto de hombres como de mujeres, reduciéndose la calidad de los gametos y aumentando las dificultades para concebir²⁷.

Dentro de este contexto, surgen las técnicas de reproducción asistida (TRA)²⁸ que constituyen una práctica médica con finalidad terapéutica cuyo objetivo fundamental consiste en paliar las consecuencias de la patología de la esterilidad humana²⁹, que queda enmarcada en la vertiente reproductiva del

²⁴ Se considera edad fértil al periodo comprendido entre los 15 y los 49 años. En REBAR, R. y CATHERINO, W.H., "Reproductive endocrinology and infertility", en GOLDMAN, L. y SCHAFER, A.I. (Dir.), *Goldman-Cecil Medicine, 25th edition*, Vol. II. Elsevier Saunders. Philadelphia (EEUU), 2016. Pág. 1584-1599.

²⁵ Que pueden deberse, en el caso femenino, a factores ováricos que impiden la ovulación (síndrome de ovario poliquístico, anovulación, insuficiencia ovárica, menopausia precoz); factores uterinos (malformaciones uterinas, pólipos, miomas, sinequia, endometritis); factores tubáricos (ausencia, impermeabilidad u obstrucción de las trompas, salpingitis); factores cervicales (impermeabilidad del cuello del útero, cirugías previas); o factores genéticos consistentes en anomalías cromosómicas que generan abortos espontáneos. O, en el caso masculino, a factores genéticos (anomalías del esperma, fibrosis quística, translocaciones); factores anatómicos, tanto de origen congénito como adquirido, que obstruyen los conductos por donde discurre el esperma (infecciones, cicatrices tras intervenciones quirúrgicas del tracto urogenital); factores ambientales (tabaco, consumo de alcohol, drogas); u otros tipos de enfermedades que pueden influir en la esterilidad masculina, como paperas o disfunciones hormonales. En "¿Por qué existen problemas de esterilidad?", disponible en: <<https://www.eugin.es/preguntas/esterilidad/>>. Última consulta: 20/09/2016.

²⁶ Actualmente, se suele escuchar que los 40 son los nuevos 30, y quizás sí sea así en muchas áreas vitales, pero no lo es en la reproductiva. Como afirma OLIVA BLÁZQUEZ, Existe un probado retraso en la edad de acceso a la maternidad que conlleva una disminución de los niveles de fertilidad en las mujeres cuando desean ser madres, lo que supone un necesario aumento de la demanda de las técnicas de reproducción asistida. En OLIVA BLÁZQUEZ, F., "Prólogo", en FLORES ANARTE, L., *Las técnicas de reproducción asistida en España. ¿Mercantilización de la maternidad o empoderamiento femenino?*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2016. Pág. 9.

²⁷ "Causas de la infertilidad", IVI, 2016. Disponible en: <<https://ivi.es/causas-de-la-infertilidad/>>. Última consulta: 20/09/2016.

²⁸ Pudiéndose considerar a España como un referente mundial en el ámbito de las técnicas de la reproducción humana asistida, por la calidad de sus clínicas y de los tratamientos, el bajo coste de los mismos y la permisividad de su legislación, como veremos, lo que ha permitido que nuestro país sea uno de los principales destinos del denominado "turismo reproductivo", tal y como indica GARCÍA RUIZ, Y., en "Sin registro de donantes de gametos: cerca de treinta años esperando su creación". *Ius et Scientia*, Vol. 1, Núm. 1. Universidad de Sevilla. Sevilla, 2015. Pág. 42.

²⁹ Muchos especialistas, principalmente del mundo anglosajón -como es el caso de la OMS-, estiman que los términos esterilidad e infertilidad pueden considerarse sinónimos, frente a otra parte de la doctrina que opina que se trata de conceptos absolutamente diferentes, considerando a la esterilidad como la incapacidad para lograr concebir de forma espontánea tras un año de relaciones sexuales sin el uso de métodos anticonceptivos y con una frecuencia

derecho a la protección de la salud³⁰, aunque no pueden ser consideradas métodos terapéuticos propiamente dichos, puesto que su uso no permite la curación de la infertilidad del paciente que continuará con su problema orgánico tras la utilización de las TRA³¹.

Dichas técnicas implican la intervención médica en alguna de las fases de la procreación³² y se caracterizan por la actuación directa sobre los gametos o células reproductivas masculinas, también denominadas espermatozoides o espermio, y/o sobre los gametos o células germinales femeninas, también conocidas como ovocitos, oocitos u óvulos.

Se entiende por TRA “al conjunto de métodos biomédicos, que conducen a facilitar, o sustituir, a los procesos biológicos naturales que se desarrollan durante la procreación humana, como la deposición del semen en la vagina, la progresión de los espermatozoides a través de las vías genitales femeninas, la capacitación del espermatozoide una vez eyaculado, la fertilización del óvulo por el espermatozoide, etc.”³³, existiendo dos modalidades: a) las TRA intracorpóreas³⁴, entre las que destaca la inseminación artificial; y b) las TRA

normal, frente a la infertilidad en que cabe la posibilidad de concebir, pero no siendo capaz de finalizar la gestación con el nacimiento de un niño sano por, entre otros, partos prematuros, abortos de repetición o muerte fetal intrauterina. En el presente estudio nos referiremos a ambos términos indistintamente para referirnos a la incapacidad para gestar derivada de la mencionada dolencia.

³⁰ GARCÍA RUIZ, Y., *Reproducción humana asistida. Derecho, conciencia y libertad*. Comares. Albolote (Granada), 2004. Pág. 244-247.

³¹ SANTAMARÍA SOLÍS, L., “Técnicas de reproducción asistida. Aspectos bioéticos”. *Cuadernos de Bioética*, 2000/1ª. Asociación Española de Bioética y Ética Médica. Madrid, 2000. Pág. 38.

³² LEONSEGUI GUILLOT, R.A., “Problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de reproducción asistida”. *Boletín de la Facultad de Derecho*, Núm. 8-9. UNED. Madrid, 1995. Pág. 238.

³³ Por lo que no es adecuado referirse a las mismas como “métodos de reproducción artificial”, puesto que no se suplanta en la función procreativa al organismo masculino o femenino mediante elementos artificiales o no biológicos, sino que se ayuda o sustituye en parte una función generativa deteriorada o inexistente. En SANTAMARÍA SOLÍS, L., “Técnicas de reproducción...”, cit., pág. 37.

³⁴ Hablaremos de “inseminación intravaginal” si se coloca el semen, tal y como es eyaculado, en el fondo de la vagina; “inseminación intracervical” si los gametos masculinos son introducidos en el cuello del útero; “inseminación intrauterina directa” que es la más habitual y consiste en introducir el material biológico en el interior del útero; “inseminación intratubárica” en caso de que el esperma se coloque dentro de una o ambas trompas de falopio. Frente a dichas técnicas en que se utiliza la vía vaginal para la administración del esperma, existen otros procedimientos en que se administran los gametos femeninos mediante una inyección a través de la pared vaginal hacia el interior de la región apropiada del aparato reproductor. Son la “inseminación intraperitoneal” o “inseminación intraperitoneal directa”, procedimientos en

extracorpóreas, que a su vez se subdividen en técnicas con micromanipulación de gametos, entre las que se encuentra la fecundación *in vitro*, o sin manipulación de gametos³⁵.

La inseminación artificial (IA)³⁶ es la técnica más sencilla y la primera opción que se maneja en el tratamiento de la infertilidad. Consiste en introducir espermatozoides en el aparato genital de la mujer mediante instrumental especializado y mediante técnicas de diferente grado de sofisticación que reemplazan a la cópula³⁷. Dependiendo de la procedencia del semen, la inseminación artificial podrá ser homóloga³⁸, si se utiliza el del esposo o pareja estable, o heteróloga³⁹, si por el contrario se utiliza el aportado por un donante⁴⁰. Para poder recurrir a esta técnica, la gestante deberá tener capacidad para ovular espontáneamente o mediante tratamiento y, al menos, una trompa de Falopio útil, dado que la fecundación del ovocito se producirá dentro de su propio cuerpo gracias a la intervención médica.

gran parte obsoletos y actualmente poco frecuentes. En THOMASMA, D.C. y KUSHNER, T., *De la vida a la muerte. Ciencia y Bioética*. Cambridge University Press. Cambridge (UK), 1999. Pág. 53.

³⁵ Entre las que se encuentran la inserción subzonal de espermatozoides (Sub Zonal Insemination) y la inyección intracitoplásmica de espermatozoides (Intra-Cytoplasmic Sperm Injection). En SANTAMARÍA SOLÍS, L., "Técnicas de reproducción...", cit., pág. 42.

³⁶ También conocida por la expresión "fecundación artificial".

³⁷ Así, nos encontraremos ante una "inseminación intravaginal" si se coloca el semen, tal y como es eyaculado, en el fondo de la vagina; "inseminación intracervical" si los gametos masculinos son introducidos en el cuello del útero; "inseminación intrauterina" que es la más habitual y consiste en introducir el material biológico en el interior del útero; "inseminación intratubárica" en caso de que el esperma se coloque dentro de una o ambas trompas de falopio. Frente a dichas técnicas en que se utiliza la vía vaginal para la administración del esperma, existen otros procedimientos en que se administran los gametos femeninos mediante una inyección a través de la pared vaginal hacia el interior de la región apropiada del aparato reproductor. Son la "inseminación intraperitoneal" o "inseminación intraperitoneal directa", procedimientos en gran parte obsoletos y actualmente poco frecuentes. En THOMASMA, D.C. y KUSHNER, T., *De la vida a la muerte...*, cit., pág. 53.

³⁸ BONILLA-MUSOLES, F. et al. (Dir.), *Reproducción asistida. Abordaje en la práctica clínica*. Editorial Médica Panamericana. Madrid, 2009. Pág. 297.

³⁹ SANTAMARÍA SOLÍS considera que la modalidad heteróloga tiene una connotación bioética más negativa que la homóloga, dado que no respeta el derecho del hijo a conocer sus padres biológicos, lo que sí sucedería en el caso de que los donantes no fueran anónimos, connotación negativa que se agrava en los casos de gestación por sustitución. En SANTAMARÍA SOLÍS, L., "Técnicas de reproducción...", cit., pág. 47.

⁴⁰ Porque, o bien el varón está afectado por alteraciones seminales severas, ciertos trastornos genéticos del varón se pueden transmitir a los hijos, o incluso porque la gestante no tiene pareja masculina con deseo de procrear, desea afrontar la maternidad de forma individual o nos encontremos ante una pareja homosexual formada por dos mujeres. En SOCIEDAD ESPAÑOLA DE FERTILIDAD (SEF), "Saber más sobre...", cit., pág. 38-39.

Inicialmente, la inseminación artificial era el único método existente para ayudar a parejas en las que el hombre era estéril a tener hijos. Pero la aparición de nuevas técnicas a finales de los 70, supuso la apertura de nuevos caminos para solucionar dicho problema, así como la necesidad de abordar, tanto en España, como en los países de nuestro entorno cultural y del resto del mundo, la regulación de las distintas modalidades de inseminación artificial y de fecundación *in vitro*, sin que ninguna de ellas supusiera ningún problema, salvo los que se pudieran derivar de las propias indicaciones médicas basadas en las características particulares de los pacientes⁴¹.

En cuanto a la fecundación *in vitro* (FIV) es un proceso consistente en la extracción de los óvulos de los ovarios de la mujer tras un tratamiento hormonal, utilizando para ello la técnica de la aspiración guiada ecográficamente mediante una aguja fina a través de la vagina. Los espermatozoides, preparados fuera del esperma, se colocan sobre discos de cultivo junto con los óvulos, y el proceso de fertilización se observa en el laboratorio. Una vez fecundados y tras un periodo de entre dos a cinco días, se transfieren o depositan los embriones⁴² en la cavidad uterina de la gestante con las condiciones apropiadas para la anidación⁴³, denominándose embrión al organismo fecundado durante los primeros estadios de desarrollo⁴⁴. En este campo también existen diversas técnicas conocidas y acreditadas universalmente, siendo sus orígenes mucho más recientes. Las primeras investigaciones en materia de fecundación *in vitro* empezaron a aplicarse en seres humanos en 1969 por STEPTOE y EDWARDS, naciendo la primera “niña

⁴¹ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, 20ª edición. Tirant lo Blanch. Valencia, 2015. Pág. 112.

⁴² Algunos autores denominan preembrión a la entidad biológica producida tras la fecundación, antes de completar la anidación, es decir, hasta los catorce días desde el momento de la fecundación. Otros a esta entidad la denominan embrión preimplantacional. En MÉNDEZ BAIGES, V. y SILVEIRA GORSKI, H.C., *Bioética y Derecho*. UOC. Barcelona, 2007. Pág. 212.

⁴³ *Ibíd.*, pág. 209-210.

⁴⁴ Se considera que la fase embrionaria en la especie humana abarca desde el momento de la fecundación hasta las seis semanas, a partir de cuyo momento pasa a denominarse feto. En LACADENA CALERO, J.R., “Glosario de términos científicos referentes a la reproducción humana, en sus aspectos biológicos naturales y artificiales”, en GAFO, J. (Ed.), *Nuevas técnicas de reproducción humana*. Universidad Pontificia de Comillas. Madrid, 1986. Pág. 169-194.

probeta” del mundo a partir de esta técnica en Reino Unido en el año 1978⁴⁵, produciéndose el primer nacimiento en España el 12 de julio de 1984⁴⁶.

No obstante, a partir de dicho momento, el interés por la problemática de la esterilidad pasó a un segundo plano y el objetivo fundamental se centró en las perspectivas de investigación que se hacen posibles⁴⁷, apareciendo continuamente en prensa, noticias sobre nuevos experimentos científicos que se están llevando a cabo en materia de reproducción asistida, como la posibilidad de generar de forma artificial espermatozoides humanos para tratar la infertilidad masculina⁴⁸, el nacimiento del primer bebé engendrado a partir de la técnica experimental del ADN de tres padres genéticos⁴⁹, o de los primeros trillizos a través de la gestación por sustitución que llevan material genético de dos padres intencionales del mismo sexo⁵⁰.

En este ámbito, se desarrolla la “gestación por sustitución”, que se

⁴⁵ Louise Joy Brown nacida en Bristol el día 25 de julio de 1978, convirtiéndose en la primera persona del mundo concebida a partir de la fecundación *in vitro*. En RUDRAPPA, S., “Making India the “mother destination”: outsourcing labor to indian surrogates”, en WILLIAMS, C.L. y DELLINGER, K. (Coord.), *Research in the Sociology of Work. Gender and Sexuality in the Workplace*. Vol. 20. Emerald Books. Bingley (UK), 2010. Pág. 257.

⁴⁶ Victoria Anna Sánchez Perea, llamada así en homenaje a su ‘madre científica’, la doctora del Instituto Dexeus llamada Anna Veiga. Su nacimiento se debe a la labor de una quincena de especialistas liderados por el doctor Pedro Barri, ginecólogo, y la mencionada doctora Veiga, bióloga. En VEIGA, A., *El milagro de la vida. De la fecundación ‘in vitro’ a las células madre*, RBA, Barcelona, 2011.

⁴⁷ GARCÍA RUIZ, Y., *Reproducción humana asistida. Derecho, conciencia y libertad*. Comares. Albolote (Granada), 2004. Pág. 246.

⁴⁸ Para que hombres infértiles puedan tener hijos genéticamente propios sin necesidad de recurrir a la donación de gametos de otro varón. En RAMÍREZ DE CASTRO, N., “Nace la primera prole sana y fértil concebida con espermatozoides de laboratorio”. Periódico ABC, febrero de 2016. Disponible en: <http://www.abc.es/sociedad/abci-nace-primera-prole-sana-y-fertil-concebida-espermatozoides-laboratorio-201602251753_noticia.html>. Última consulta: 13/09/2016.

⁴⁹ Se trata de Ibrahim Hassan, primer bebé del mundo engendrado con la técnica experimental del ADN de tres progenitores, cuyo procedimiento hemos explicado anteriormente. Véase “Primer bebé con tres padres genéticos”. *El Mundo*, miércoles 28 de septiembre de 2016. Pág. 24.

⁵⁰ En dicho supuesto, se implantaron a la gestante dos óvulos fecundados cada uno de ellos con el espermatozoide de uno de los padres intencionales, una pareja homosexual sudafricana, formada por dos hombres llamados Christo y Theo Menelaou. Dichos óvulos, dieron lugar uno de ellos a un niño con carga genética del padre intencional número 1 y de la propia gestante, y el segundo óvulo se dividió en dos embriones que dieron lugar a dos gemelas idénticas con carga genética del padre intencional número 2 y de la propia gestante. En KROL, C., “South Africa same-sex couple have triplets using both fathers’ DNA”. *The Telegraph*, 2016. Disponible en: <<http://www.telegraph.co.uk/news/2016/08/21/south-africa-same-sex-couple-believed-to-be-first-to-have-triple/>>. Última consulta: 28/09/2016.

encuentra entre las mencionadas TRA⁵¹, y para acceder a la cual se precisará emplear alguna de las técnicas referidas anteriormente, pese a que también cabría la posibilidad de alcanzar el embarazo de la gestante sin recurrir a las mismas, como veremos, aunque ello no es ni lo más habitual ni lo más recomendable.

El principal motivo de acceso a la gestación subrogada es, o ha sido, la esterilidad o imposibilidad de llevar a término un embarazo por deficiencias en el órgano reproductor femenino o la existencia de otros motivos físicos que lo contraindiquen⁵². Pero actualmente también existen muchas otras motivaciones para recurrir a la misma⁵³, como la incapacidad natural de procrear las parejas del mismo sexo⁵⁴, la decisión de una mujer de no pasar personalmente por una gestación por, quizás, el temor al parto, un hombre que de forma individual desea acceder a la paternidad⁵⁵, o, simplemente, personas que no pueden adoptar por motivos jurídicos o prácticos, que acuden a la subrogación para ampliar sus respectivas familias por este medio.

1.2. Los nuevos modelos de familia.

Las TRA están directamente relacionadas con el derecho subjetivo de toda persona a contraer matrimonio (*ius connubii*⁵⁶) y con el derecho a fundar

⁵¹ MIR CANDAL, L., “La “maternidad intervenida”. Reflexiones en torno a la maternidad subrogada”. *Revista Redbioética*, Vol. 1. UNESCO, 2010. Pág. 174.

⁵² FERRER VANRELL, M.P. “Artículo 10. Gestación por sustitución. Comentario jurídico”, en LLEDÓ YAGÜE, F. y OCHOA MARIETA, C. (Dir.), *Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo)*. Dykinson. Madrid, 2007. Pág. 160.

⁵³ GONZÁLEZ MARTÍN, N.: “Maternidad subrogada y adopción internacional”, en BRENA SESMA, I. (Coord.), *Reproducción asistida*. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2012. Pág. 170.

⁵⁴ Principalmente, en el caso de parejas homosexuales masculinas, ya que una pareja homoparental femenina, siempre podría acceder a la maternidad, recurriendo a un donante de esperma, y gestando el embrión en el útero de una de las madres, con la que se hallase vinculado genéticamente. Salvo que ambas adolezcan de problemas físicos o uterinos que les imposibiliten llevar una gestación a término.

⁵⁵ En cuanto a una mujer que deseara acceder a la maternidad, nos encontraríamos ante el mismo supuesto que el mencionado en relación a las parejas homosexuales femeninas, ya que podría gestar en su propio útero el embrión generado con gametos procedentes de un donante, sin necesidad de recurrir a la gestación por sustitución, salvo que también adoleciera de alguna dolencia física que le imposibilitara la gestación.

⁵⁶ El *ius connubii* implica el derecho de toda persona a contraer matrimonio, de forma libre, con quien desee, con los únicos límites marcados por la Ley y que suelen ser relativamente

una familia⁵⁷ que comprende, no sólo la decisión de convertirse en padre o madre⁵⁸, sino también la opción y el acceso a los medios adecuados para materializar dicho deseo⁵⁹. Sobre dichos derechos, se construye la regulación legal del matrimonio en Derecho internacional privado⁶⁰.

En pleno siglo XXI, ya no existe una única concepción de familia⁶¹. Hoy en día, tal y como afirma SALES PALLARÉS “poco, o nada, tiene que ver el

escasos como, por ejemplo, la prohibición de contraer nupcias entre parientes muy cercanos, la de los matrimonios poligámicos o las limitaciones por razón de edad, entre otras. En CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZALEZ, J., “Los matrimonios entre personas del mismo sexo en la Unión Europea”. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. Vol. XLVI, Núm. 2. Coimbra Editora. Lisboa, 2005. Pág. 1294.

⁵⁷ El derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia se reconocen en la Constitución española en su art. 32.1 (“El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica”) y 39.1 (“Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia”). Pero, también, en diversos instrumentos internacionales, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948, que en su art. 16.1 establece que “Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia...”. El art. 23.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, por el que “Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello”. O el art. 12 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 noviembre 1950, celebrado en el marco del Consejo de Europa, en base al cual “A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho”.

⁵⁸ Tal y como afirma DIOGO LEITE DE CAMPOS, el derecho a reproducirse constituye una necesidad fundamental de muchos seres humanos, una libertad fundamental que debe ser garantizada, tanto constitucionalmente, como por las leyes ordinarias. En CAMPOS, D.L.D., “A procriação medicamente assistida heteróloga e o sigilo sobre o dador - Ou a onipotência do sujeito”. *Revista da Ordem dos Advogados*, Vol. III, ano 66. Lisboa, 2006. Pág. 1030.

⁵⁹ Como afirman FAMA, M.V., “El derecho a la identidad del hijo concebido mediante técnicas de reproducción humana asistida en el proyecto de Código Civil y Comercial de la nación”, *Lecciones y Ensayos*, Núm. 90. Universidad de Buenos Aires (UBA). Buenos Aires, 2012. Pág. 176. DUARTE, T., *In Vitro Veritas?...*, cit., pág. 66. O MOREIRA, V. y CANOTILHO, J.J.G., *Constituição da República Portuguesa - Anotada*. Vol. I. 4ª edição. Coimbra Editora. Coimbra, 2007. Pág. 567.

⁶⁰ CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZALEZ, J., “Derecho internacional privado y matrimonio entre personas del mismo sexo”. *Anales de Derecho*. Núm. 23. Universidad de Murcia. Murcia, 2005. Pág. 12-13.

⁶¹ En línea con la tendencia del Derecho internacional privado, para evitar problemas de consenso entre los Estados, no existe ningún instrumento internacional que proporcione un concepto universal e inequívoco de lo que deba entenderse por familia, al igual que sucede con los términos de matrimonio, residencia habitual o interés superior del menor, entre otros, remitiéndose cada texto normativo a aquello que cada Estado entienda como tal. Como resulta, por ejemplo, del art. 12 Convenio Europeo de Derechos Humanos, ratificado por España el 26 de septiembre de 1979, que establece que: “A partir de edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de ese derecho”. Disponible en: <<https://www.boe.es/boe/dias/1979/10/10/pdfs/A23564-23570.pdf>>. Última consulta: 14/09/2016.

concepto social de familia que se tradujo en los textos legales europeos de mitad del siglo pasado, con las nuevas formas de familia que hoy se recogen legal y socialmente”⁶².

La evolución de las costumbres y el progreso de las ciencias médicas, acompañadas de reivindicaciones sociales del derecho a la libertad y a la autonomía de la voluntad⁶³, han hecho posible que el concepto de filiación, inicialmente concebido como un elemento indisponible y definitorio del estado de las personas, devenga cada vez más autónomo y dependiente de la voluntad particular.

El concepto tradicional de familia apoyado en la institución del matrimonio heterosexual⁶⁴, con estructura jerarquizada, monógama y nuclear, superordinado a los intereses particulares de sus integrantes⁶⁵, con una fuerte división de los roles asignados al hombre y a la mujer⁶⁶, ha dado paso a un concepto de familia amplio, con base contractual o voluntarista, estructura igualitaria y configuración plural, subordinada a la satisfacción de los intereses individuales de cada uno de sus componentes⁶⁷.

Junto con el antiguo modelo familiar centrado en el vínculo jurídico-formal del matrimonio heterosexual, se reconocen⁶⁸ diversos modelos que

⁶² SALES PALLARÉS, L., “La adopción internacional por parejas del mismo sexo: reflexiones desde el Derecho internacional privado español”, en FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A. (Ed.), *La Obra Jurídica del Consejo de Europa (En conmemoración del 60 aniversario del Consejo de Europa)*. Gandulfo Ediciones. Sevilla, 2010. Pág. 580.

⁶³ Que se desprenden del art. 10.1 CE1978 que establece que “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”.

⁶⁴ GARCÍA GARCÍA, R., “El artículo 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos”. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (AFDUAM)*, Núm. 10 (2007) - Derecho, sociedad y familia: cambio y continuidad. Madrid, 2007. Pág. 242.

⁶⁵ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., *Diagnóstico sobre el Derecho de familia*, Ediciones Rialp. Madrid, 1996. Pág. 24 a 26.

⁶⁶ TAMAYO HAYA, S., “Hacia un nuevo modelo de filiación basado en la voluntad en las sociedades contemporáneas”, *Revista Digital Facultad de Derecho*, Núm. 6. Universidad Nacional de Educación a Distancia. Madrid, 2013. Pág. 262.

⁶⁷ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., *Diagnóstico sobre el Derecho de familia*, Ediciones Rialp. Madrid, 1996. Pág. 24 a 26.

⁶⁸ Reconocimiento que puede producirse, bien desde el punto de vista social, bien desde el punto de vista legal, mediante la regulación jurídica de unidades convivenciales alternativas al matrimonio tradicional, el cual venía conformado única y exclusivamente por parejas

modifican, reinventan y crean nuevas fórmulas de relaciones de pareja, familiares y de parentesco. Como la apertura de la institución matrimonial a las personas del mismo sexo⁶⁹, las formas de convivencia *more uxorio*⁷⁰, las familias monoparentales o monomarentales por elección⁷¹, o las familias reconstituidas⁷², en las que cada miembro de la pareja aporta hijos de relaciones anteriores.

Todas dichas estructuras familiares se apoyan en la existencia de lazos afectivos y familiares derivados de la convivencia bajo el mismo techo, así como en otros elementos como la dependencia económica o el ejercicio de la patria potestad⁷³, deduciéndose que no existe un único modelo de familia acreedor de la protección que el artículo 39.1 de la Constitución⁷⁴ encomienda a los poderes públicos⁷⁵, sino un sistema de modelos plurales de familias, que vienen determinados por la consideración que tenga el grupo social de lo que

heterosexuales. En CAMARERO SUÁREZ, V., *Las uniones no matrimoniales en el Derecho español y comparado*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2005. Pág. 19.

⁶⁹ Siendo el matrimonio homosexual legal en España desde la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de Derecho a Contraer Matrimonio. «BOE» núm. 157, de 2 de julio de 2005.

⁷⁰ Basadas en una decisión libre de mantener una relación estable en común, no necesariamente formalizadas jurídicamente y que excluyen el nacimiento de derechos y obligaciones imperativos entre los convivientes. Sentencia 93/2013, de 23 de abril de 2013, del Pleno del Tribunal Constitucional. «BOE» núm. 123, de 23 de mayo de 2013.

⁷¹ La situación de dichas familias formadas por un padre o una madre solos con sus hijos menores, puede deberse a una mera elección voluntaria adoptada por los mismos, o bien a un abandono de familia, hospitalización, emigración, trabajo en localidades distantes entre sí, o, incluso, la encarcelación de uno de los miembros de la pareja. En IGLESIAS DE USSEL, J., "La situación de la familia en España y los nuevos modelos familiares", en IGLESIAS DE USSEL, J. (Coord.), *Situación social de la mujer en España*. Instituto de la Mujer. Madrid, 1986. Pág. 65-128.

⁷² Que son resultado, entre otros factores, de disolver el vínculo matrimonial y rehacer la vida junto a una nueva pareja, dando lugar a una pluralidad de estructuras familiares, como la familia extensa, la expandida o incluso las relaciones sin nombre. En GONZÁLEZ MARTÍN, N.: "Maternidad subrogada y adopción...", cit., pág. 166.

⁷³ GARCÍA GARCÍA, R., "El artículo 12 del Convenio Europeo...", cit., pág. 243.

⁷⁴ Dicho de la Constitución establece que "Art. 39. 1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia."

⁷⁵ Es más, tal y como afirma CARRASCOSA GONZÁLEZ, "todos los "modelos de familia" que conviven en España son dignos de "protección constitucional y legal", pues la CE1978 no acoge un concepto único y restrictivo de "familia" que deba ser objeto de protección", debiendo quedar delimitados con especial cuidado los modelos de familia que no reciban protección jurídica para no vulnerar con ello el mandato constitucional de protección a la familia del art. 39.1. En CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "Nuevos modelos de familia y Derecho internacional privado en el siglo XXI". *Anales de Derecho*. Vol. 21. Universidad de Murcia. Murcia, 2003. Pág. 112.

deba contemplarse como tal en cada momento⁷⁶.

Actualmente, hombres y mujeres, independientemente de su orientación sexual⁷⁷, pueden elegir libremente su modo de vida, incluyendo o no entre sus aspiraciones individuales o de pareja el deseo de tener un hijo que “ya no es impuesto, sino deseado, elegido, programado y su nacimiento puede -gracias a la contracepción, al aborto o a las técnicas de reproducción asistida- ser un acto de voluntad”⁷⁸, siendo la procreación fruto de una elección consciente en que las parejas programan el crecimiento del núcleo familiar.

En relación a las familias monoparentales o monomarentales por elección, partiendo de la concepción de la reproducción humana como un derecho derivado de los principios del libre desarrollo de la personalidad, la libertad, la dignidad humana, el derecho a la intimidad y la igualdad, un segmento de la doctrina⁷⁹ considera que debe ser reconocido tanto a hombres como a mujeres de forma individual, aunque su ejercicio sea más complicado en la práctica a los primeros, por la necesidad de contar con una mujer que lleve a cabo la gestación.

Por el contrario, ROCA TRÍAS⁸⁰ no reconoce la existencia de un derecho

⁷⁶ ROCA TRIAS, E., “Familia, familias y Derecho de la familia”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 43, Núm. 4. Ministerio de Justicia. Madrid, 1990. Pág. 1087.

⁷⁷ Con respecto a las parejas del mismo sexo, es necesario mencionar la Resolución del Parlamento Europeo sobre la igualdad de derechos de los homosexuales y las lesbianas en la Comunidad Europea (Resolución A3-0028/94 del 8 de febrero de 1994, DOCE 28 febrero 1994), en la que dicha institución comunitaria pedía a la Comisión de la Comunidad Europea que presentase “una propuesta de recomendación sobre la igualdad de derechos de las lesbianas y de los homosexuales” que pusiese fin, como mínimo, “a la prohibición de contraer matrimonio o de acceder a regímenes jurídicos equivalentes a las parejas de lesbianas o de homosexuales” y “a toda restricción de los derechos de las lesbianas y de los homosexuales a ser padres, a adoptar o a criar niños”. Dicho texto, que afrontaba directamente y sin ambages la cuestión del matrimonio homosexual, cayó como una bomba en los ambientes jurídicos europeos, tal y como afirman CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZALEZ, J., en “Derecho internacional privado y matrimonio...”, cit., pág. 14.

⁷⁸ TAMAYO HAYA, S., “Hacia un nuevo modelo...”, cit., pág. 263-265.

⁷⁹ Como es el caso de GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *El derecho a la reproducción humana*. Marcial Pons. Madrid, 1994. Pág. 61. O CARCABA FERNÁNDEZ, M., *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*. Editorial Bosch. Barcelona, 1995. Pág. 135-136.

⁸⁰ ROCA TRÍAS, E. “La incidencia de la inseminación-fecundación artificial en los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional”, en *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*. II

individual a la reproducción. Afirma que las TRA deben emplearse tan sólo en aquellos supuestos en que concurra una indicación médica “por existencia de esterilidad irreversible o posibilidad de transmisión de enfermedades hereditarias”, respetando con ello la finalidad principal de dichas técnicas que radica en la actuación médica frente a la esterilidad humana. Por tanto, quedaría excluida la posibilidad de emplear la reproducción asistida en una mujer individual como alternativa a la reproducción natural, salvo que la misma se halle aquejada de algún tipo de esterilidad.

En el mismo sentido, ZARRALUQUI⁸¹ considera que el derecho a la procreación no es individual, sino que debe ejercitarse de forma mancomunada y heterosexual, siendo la esterilidad un requisito necesario para acceder a las TRA⁸².

Tradicionalmente, la filiación se orientaba hacia la defensa del vínculo institucional del matrimonio y la protección de la familia “legítima”, preocupándose poco de la verdad biológica o de la verdad afectiva, o incluso de la coincidencia entre ambas. La determinación de la maternidad venía, y en muchos casos continúa viniendo, determinada por el parto, existiendo también diversos mecanismos indiciarios y formales que otorgan relativa certidumbre a la filiación paterna⁸³. Pero los cambios en las estructuras familiares llevan a un necesario ajuste en el campo del derecho que dé cabida, ya no sólo al modelo de familia “natural”, en que la pareja conyugal, la progenitora y la parental coinciden en una misma realidad⁸⁴, sino también a los nuevos modelos de familia que se apoyan en la reivindicación creciente de la voluntad individual o

Congreso Mundial Vasco, Departamento de Derecho privado de la Universidad del País Vasco. Editorial Trivium. Madrid, 1988. Pág. 34.

⁸¹ ZARRALUQUI, L., *Procreación asistida y derechos fundamentales*. Tecnos. Madrid, 1988. Pág. 69.

⁸² GARCÍA RUIZ, Y., *Reproducción humana asistida. Derecho, conciencia y libertad*. Comares. Albolote (Granada), 2004. Pág. 252.

⁸³ TAMAYO HAYA, S., “Hacia un nuevo modelo...”, cit., pág. 263-265.

⁸⁴ MONCÓ REBOLLO, B. y RIVAS RIVAS, A.M., “La importancia de “nombrar”. El uso de la terminología de parentesco en las familias reconstituidas”. *Gazeta de Antropología*, núm. 23. Granada, 2007. Disponible en: <http://www.ugr.es/~pwlac/G23_23Beatriz_Monco_y_AnaMaria_Rivas.html>. Última consulta: 29/09/2016.

en la evolución de la legislación y de las tecnologías⁸⁵.

Hoy en día, la filiación no se trata únicamente de un vínculo individual entre el niño y cada uno de sus progenitores, sino que, al mismo tiempo, circunscribe al niño en una familia y en un cierto orden social, lo que exige que el derecho otorgue la posibilidad de configurar la voluntad como un vínculo que otorgue efectos relacionados con el parentesco, reconocido jurídicamente frente a la verdad biológica. La evolución legislativa debería excluir el principio de indisponibilidad que rige en esta materia para permitir integrar al niño en la familia que le ha deseado y que ha manifestado un compromiso parental, una responsabilidad asumida por una elección, voluntaria y no solamente por un imperativo legal, independientemente de las circunstancias relativas a su concepción⁸⁶, asegurando con ello la estabilidad y seguridad de las relaciones⁸⁷.

Asimismo, cuando hablamos de fecundación *in vitro*, se añade complejidad a la cuestión pacífica de la maternidad, que se asentaba en la máxima pauliana *mater semper certa est*⁸⁸, no pudiéndose continuar hablando de la certeza natural de la maternidad derivada de la gestación y el parto⁸⁹, dado que las TRA ofrecen la posibilidad de disociar la maternidad en tres elementos: el genético, el gestacional y el volitivo, que podrán o no coincidir en una misma mujer, lo que da paso al nuevo principio "*mater non semper certa est*"⁹⁰, planteando nuevos retos al legislador y al intérprete del derecho⁹¹.

⁸⁵ TAMAYO HAYA, S., "Hacia un nuevo modelo...", cit., pág. 263.

⁸⁶ *Ibid.*, pág. 306-307.

⁸⁷ *Ibid.*, pág. 263-265.

⁸⁸ Si bien, el tradicional principio *mater semper certa est* seguirá siendo el criterio predominante en los ordenamientos jurídicos que prohíben expresamente la gestación por sustitución. En VALDÉS DÍAZ, C.C., "La maternidad subrogada y los derechos de los menores nacidos mediante el uso de esas técnicas". *Anuario de la Facultad de Derecho*, Núm. 31. Universidad de Extremadura. Badajoz, 2014. Pág. 459.

⁸⁹ DUPLA MARTIN, M.T., "El principio *mater semper certa est* ¿a debate?. La nueva legislación sobre reproducción asistida y sus consecuencias". En RESINA SOLA, P., *Fundamenta Iuris. Terminología, principios e interpretatio*. Universidad de Almería. Almería, 2012. Pág. 320.

⁹⁰ SISTO, F.P., "Mater non semper certa est: la gestazione per conto terzi fra (pieni di) scienza e (vuoti di) legislazione". *Diritto di Famiglia e delle Persone*, Vol. 16. Università degli Studi di Trento. Trento, 1987. Pág. 1467.

⁹¹ FARNÓS AMORÓS, E., "La filiación derivada de la reproducción asistida: voluntad y biología", *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXVIII. Ministerio de Justicia. Madrid, 2015. Pág. 10.

Dicha disociación o deconstrucción⁹² del concepto de maternidad, que permite separar el elemento gestacional del genético, pudiendo o no ser la misma mujer quien aporte el óvulo, lleve a cabo la gestación y se le atribuya la función jurídico-social de la maternidad⁹³, unido a una mayor complejidad cuando las TRA son utilizadas por parejas homosexuales masculinas o un padre intencional de manera individual, supone la necesidad de replantearse la determinación legal de la filiación, que ya no se halla unida indisolublemente al hecho biológico del parto y en el que la futura madre siempre será quien haya aportado el óvulo para la procreación y desarrollado la labor de gestación⁹⁴.

Hasta hace muy poco tiempo, resultaba impensable que la mujer que daba a luz al niño no fuera la misma persona que había aportado el óvulo para la fecundación⁹⁵, por lo que las normas existentes para determinar la filiación por naturaleza tienen su fundamento en la verdad biológica, posibilitando investigar la paternidad y estableciendo mecanismos jurídicos dirigidos a propiciar la adecuación entre la filiación jurídica y la biológica, como las acciones de impugnación o reclamación de la filiación⁹⁶.

Pero, desde hace unos años, la filiación es una institución jurídica cada vez más ligada al hecho volitivo de tener un hijo y de asumir tal responsabilidad, que va más allá del mero acto biológico de la procreación o del parto, no dependiendo ya la concepción y la maternidad tan sólo del azar y de la incertidumbre, sino también de intervenciones médicas⁹⁷.

El concepto tradicional de filiación se quiebra con las nuevas técnicas de reproducción asistida⁹⁸, especialmente, con el fenómeno de la gestación por sustitución, al prevalecer el elemento volitivo o voluntad procreacional⁹⁹ de las

⁹² FERNÁNDEZ-RIVERA GONZÁLEZ, P., "Mater semper certa est? Las...", cit., pág. 3

⁹³ FARNÓS AMORÓS, E., "La filiación derivada de la...", cit., pág. 9.

⁹⁴ LAMM, E., *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Universitat de Barcelona, Publicacions i Edicions. Barcelona, 2013. Pág. 31.

⁹⁵ SOTO LAMADRID, M.A., *Bioética, filiación y delito. La fecundación artificial y la experimentación genética ante el Derecho*. Editorial Astrea. Buenos Aires (Argentina), 1990. Pág. 46-48.

⁹⁶ TAMAYO HAYA, S., "Hacia un nuevo modelo...", cit., pág. 306-307.

⁹⁷ MIR CANDAL, L., "La "maternidad intervenida"...", cit., pág. 174.

⁹⁸ FARNÓS AMORÓS, E., "La filiación derivada de la...", cit., pág. 1.

⁹⁹ FAMA, M.V., "El derecho a la identidad del hijo...", cit., pág. 175.

partes frente a la búsqueda de una realidad biológica que lo contradiga.

Ante ello, jueces y legisladores se ven enfrentados a la tesitura de decidir quién exactamente debe ser considerado padre o madre a efectos legales de los menores nacidos en aquellos supuestos que no tienen cabida en las modalidades tradicionales de filiación, por naturaleza y adoptiva, contempladas en el Código Civil¹⁰⁰.

Como apunta TAMAYO HAYA, “la filiación es un concepto jurídico y no biológico, o en todo caso no exclusivamente biológico. El principio de veracidad biológica no es el único que debe ser tomado en consideración, sino que en ocasiones debe ceder ante otros, que representan valores igualmente protegibles: el principio de interés superior del menor y el de seguridad de las relaciones de filiación”¹⁰¹.

Ello afecta, no sólo al orden científico, sino también al legal y al social, que requieren de nuevas formas de razonamiento, nuevas intuiciones, principios, enfoques y tratamientos que protejan los intereses personales en juego, fijando los límites jurídicos, y dando respuesta con ello a los múltiples conflictos legales, éticos, médicos o sociales que irán surgiendo en el camino¹⁰², haciéndose necesarias nuevas figuras basadas en la intención o voluntad de las partes¹⁰³ que posibiliten separar la filiación biológica de la jurídica¹⁰⁴.

¹⁰⁰ SWAIN, M.E., “Surrogacy and Gestational Carrier Arrangements: Legal Aspects”, en GOLDFARB, J.M. (Coord.), *Third-Party Reproduction: A Comprehensive Guide*. Springer. New York, 2014. Pág. 71.

¹⁰¹ TAMAYO HAYA, S., “Hacia un nuevo modelo...”, cit., pág. 306-307.

¹⁰² ARTEETA ACOSTA, C., “Maternidad subrogada”. *Revista Ciencias Biomédicas*, vol. 2, núm. 1. Universidad de Cartagena. Cartagena (Colombia), 2011. Pág. 91-92.

¹⁰³ MIR CANDAL, L., “La “maternidad intervenida”...”, cit., pág. 178-179.

¹⁰⁴ FARNÓS AMORÓS, E., “La filiación derivada de la...”, cit., pág. 7.

CAPÍTULO II. PRECISIONES CONCEPTUALES EN TORNO A LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.

2.1. Concepto.

Existen múltiples definiciones doctrinales y jurisprudenciales, tanto del ámbito nacional como del internacional, en torno a qué debe entenderse por gestación por sustitución, pero ninguna de ellas es unánimemente aceptada.

Una de las primeras fue la aportada por PHYLLIS COLEMAN en 1982 al establecer que “la maternidad subrogada es una aplicación novel de la técnica de la inseminación artificial que resulta en el nacimiento de una criatura con un nexo biológico unilateral a la pareja infértil. La gestante es una mujer fértil que conviene que, mediante contrato, se la insemine artificialmente con el semen de un hombre casado con otra mujer, gestar el niño y darlo a luz o procrearlo. Una vez nacido el niño, la gestante o suplente renuncia su custodia a favor del padre biológico y, además, termina con todos sus derechos de filiación sobre el niño para que la esposa del hombre con cuyo semen fue inseminada lo adopte”¹⁰⁵.

No obstante, dicha definición es incompleta puesto que tan sólo prevé el recurso a la gestación por sustitución a parejas heterosexuales casadas e infértiles, en que la gestante aporte sus propios gametos para la fecundación y mediante el empleo de técnicas de inseminación artificial, omitiendo la posibilidad de recurrir a la gestación subrogada a parejas no casadas o fértiles, tanto homosexuales como heterosexuales, ni a personas individuales, ni tampoco el empleo de técnicas de fecundación *in vitro* para alcanzar el embarazo, la existencia de donantes de gametos, ni siquiera la posibilidad de que los ovocitos procedan de la propia madre intencional.

¹⁰⁵ COLEMAN, P., “Surrogate motherhood: analysis of the problem and suggestions for solutions”, *Tennessee Law Review*, Núm. 50. University of Tennessee. Tennessee (EEUU), 1982. Pág. 75. Traducción de la definición efectuada por LAMM, E., en *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada...*, cit., pág. 22-23.

Posiblemente, dichas carencias se deben al momento en que se formuló dicha definición en que eran impensables las nuevas posibilidades que han ido surgiendo gracias a los avances técnicos posteriores. También aportaba un tratamiento distinto en relación a la atribución de la paternidad a favor del comitente, que al haber aportado sus propios gametos considera directamente padre biológico del niño, frente a la madre intencional que deberá recurrir a la adopción para acceder a la maternidad legal del menor. Pese a lo desactualizado de la definición, éste es el mecanismo legal de acceso a la filiación por parte de los comitentes empleado en algunos países en que la gestación por sustitución está prohibida o carece de legislación expresa¹⁰⁶.

Pocos años más tarde, el Informe Warnock, redactado por la Comisión de Investigación británica sobre Fecundación y Embriología Humana en 1984¹⁰⁷, definió lo que denominó “subrogación” como “la práctica por la cual una mujer gesta a un niño para otra (mujer), con la intención de entregárselo después de que nazca”¹⁰⁸.

A pesar de tratarse de una definición en la que pueden tener cabida más supuestos, tanto de la misma como del restante contenido del Informe se desprende que la subrogación se contemplaba tan sólo como opción de acceso a la maternidad para aquellas mujeres que adoleciesen de problemas de infertilidad o que por indicaciones médicas les resultara desaconsejable llevar a cabo un embarazo, por lo que el acuerdo de voluntades tan sólo se preveía entre dos mujeres, al ser quienes están dotadas de los elementos biológicos para llevar en su vientre un nuevo ser¹⁰⁹, lo que excluye de su contenido a los casos en que los comitentes sean exclusivamente del género masculino o aquéllos en que sin existir problemas de infertilidad se decida acudir voluntariamente a una gestante subrogada que lleve a término el embarazo.

¹⁰⁶ LAMM, E., en *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada...*, cit., pág. 22.

¹⁰⁷ La finalidad del informe era la de establecer principios para la regulación de las técnicas de reproducción asistida y de la embriología, en respuesta a la rapidez con que dichas técnicas se estaban desarrollando, y ante el nacimiento de la primera niña “probeta” en el año 1978.

¹⁰⁸ Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology (Warnock Report), de julio de 1984. Disponible en: <http://www.hfea.gov.uk/docs/Warnock_Report_of_the_Committee_of_Inquiry_into_Human_Fertilisation_and_Embryology_1984.pdf>. Última consulta: 10/10/2016.

¹⁰⁹ FERRER VANRELL, M.P. “Artículo 10. Gestación por sustitución...”, cit., pág. 160.

Bastante imprecisa es la aportada por LEONSEGUI GUILLOT en 1994, para quien “la maternidad de alquiler es aquel caso en el que realizadas las primeras fases de la fecundación, los embriones formados no son implantados en la madre biológica, sino en otra mujer que cede o alquila su útero para continuar el embarazo. Ello es debido, bien a que la primera mujer no puede realizar una gestación normal, o bien porque sin motivo aparente no quiere hacerlo”¹¹⁰.

Dicha imprecisión radica, entre otros motivos, porque ni se menciona el hecho de que el niño deberá ser entregado a los comitentes, ni que los mismos podrán estar integrados por la madre intencional que aporta sus propios gametos, o bien tan sólo por figuras masculinas, en cuyo caso no necesariamente existirá una mujer que no pueda llevar a cabo la gestación por sí. Igualmente incompleta e imprecisa es la contenida en el estudio sobre el régimen de subrogación en los Estados miembros de la UE del año 2013, publicado por el Parlamento Europeo, que tan solo establece que “maternidad subrogada” es “una práctica en la que una mujer se queda embarazada con la intención de ceder el niño a otra persona al nacer”¹¹¹, no mencionando ni la existencia de un acuerdo previo suscrito con los comitentes, ni la conexión genética del niño que va a gestar, ni si se precisa o no la existencia de técnicas de reproducción asistida, por lo que tendría incluso cabida en esta definición la posibilidad de compraventa o tráfico de menores.

PÉREZ MONGE trató de aportar en el año 2002 una definición omnicomprendensiva que abarcase todos los supuestos posibles en la gestación subrogada, a cuyos efectos estableció que se trata de un “contrato oneroso o gratuito, por el cual una mujer aporta únicamente la gestación, o también su óvulo, comprometiéndose a entregar el nacido a los comitentes (una persona o pareja, casada o no), que podrán aportar o no sus gametos; en este último

¹¹⁰ LEONSEGUI GUILLOT, R.A., “La maternidad portadora, sustituta, subrogada o de encargo”. *Boletín de la Facultad de Derecho*, Núm. 7. UNED. Madrid, 1994. Pág. 320.

¹¹¹ BRUNET, L. (Dir.), *El régimen de subrogación en los Estados miembros de la UE*, Parlamento Europeo, Unión Europea, 2012. Pág. 7.

caso, los gametos procederán de donante (masculino y/o femenino)”¹¹², pero careciendo esta definición de cualquier mención a los medios para alcanzar el embarazo de la gestante, siendo conveniente el empleo de técnicas de reproducción asistida para ello.

En nuestro ámbito nacional, destaca por su precisión la contenida en la sentencia de 23 de noviembre de 2011, de la Sección 10ª de la Audiencia Provincial de Valencia, que establece que la gestación subrogada consiste en “un contrato, oneroso o gratuito, a través del cual una mujer consiente en llevar a cabo la gestación, mediante técnicas de reproducción asistida, aportando o no también su óvulo, con el compromiso de entregar el nacido a los comitentes, que pueden ser una persona o una pareja, casada entre sí o no, que a su vez pueden aportar o no sus gametos”¹¹³.

Aunque dicha definición da por supuesto el empleo de técnicas de reproducción asistida para la fecundación, cuando también cabría la posibilidad en la subrogación tradicional que la gestante quedase encinta de modo natural, manteniendo relaciones sexuales para ello con el padre intencional, aunque no es lo más habitual, ni tampoco lo más correcto desde el punto de vista ético, ni social.

Entre las más recientes, resaltaremos por su adecuación la del año 2013 de ELEANORA LAMM, que entiende que “la gestación por sustitución es una forma de reproducción asistida, por medio de la cual una persona, denominada gestante, acuerda con otra persona, o con una pareja, denominadas comitente, gestar un embrión con el fin de que la persona nacida tenga vínculos jurídicos de filiación con la parte comitente”¹¹⁴. Dicha definición omite, acertadamente desde mi punto de vista, la procedencia de los gametos con los que se generará el embrión que portará en su vientre la gestante, ya que, independientemente de la vinculación genética del niño con los comitentes, la

¹¹² PÉREZ MONGE, M., *La Filiación Derivada de Técnicas de Reproducción Asistida*. Colegio de Registradores de la Propiedad. Madrid, 2002. Pág. 329.

¹¹³ Sentencia de la Sección 10ª de la Audiencia Provincial de Valencia, de 23 de noviembre de 2011, en el Recurso nº 949/2011 (Id. Cendoj: 46250370102011100707).

¹¹⁴ LAMM, E., en *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada...*, cit., pág. 24.

gestante o con los posibles donantes de gametos, lo realmente relevante en la subrogación es el deseo de los comitentes de asumir la paternidad legal del menor.

BARG estableció en el año 2015 que la gestación subrogada es “un contrato, en el que podrá mediar precio o realizarse gratuitamente, con dos partes intervinientes: por un lado, los futuros padres que efectúan el encargo - en adelante, padres comitentes-, que podrán ser una persona o una pareja, matrimonio o no, de carácter heterosexual u homosexual, y que pueden aportar sus propios gametos o no; y, por otro, la mujer -en adelante, madre subrogada, gestante, portadora, etc.- que se compromete a gestar en su vientre a un niño, al que entregará a los padres comitentes una vez producido el parto. Ello, conllevará la consiguiente renuncia a todos los derechos que pudieran corresponder a la gestante sobre el niño, fundamentalmente, la filiación que le pertenecería como madre”¹¹⁵.

Por último, mencionaremos la definición de SCOTTI de 2013, que establece que la “maternidad subrogada” consiste en “el compromiso entre una mujer, llamada “mujer gestante”, a través del cual ésta acepta someterse a técnicas de reproducción asistida para llevar a cabo la gestación en favor de una persona o pareja comitente, llamados el o los “subrogantes”, a quien o a quienes se compromete a entregar el niño o niños que pudieran nacer, sin que se produzca vínculo de filiación alguno con la mujer gestante, sino con él o los subrogantes”¹¹⁶.

De esta definición no encontramos adecuado el empleo de los términos “maternidad subrogada”, ni referirse a los padres intencionales como “subrogantes”, puesto que entendemos que en la gestación por sustitución lo que se subroga es el hecho de la gestación que una mujer lleva a cabo por cuenta de otra persona, pero no la maternidad, dado que la gestante, en

¹¹⁵ BARG, L., “Un caso de gestación por sustitución en Mendoza. Cuando la sociedad y la justicia sancionan a los más vulnerables”. *Revista Debate Público. Reflexión de Trabajo Social*. Año 5, Núm. 10. 2015. Pág. 145-152.

¹¹⁶ SCOTTI, L.B., “El reconocimiento extraterritorial de la “maternidad subrogada”: una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas”, *Pensar en Derecho*, Núm. 1. Universidad de Buenos Aires. Buenos Aires, 2013. Pág. 274.

principio, ni aporta sus ovocitos para la fecundación del embrión, ni es en ningún momento, ni pretende ser, madre del niño que lleva en su vientre, ni tampoco tiene intención de establecer ninguna relación de filiación con el menor, sino tan sólo de llevar a término el embarazo para entregar posteriormente al niño a los comitentes tan pronto como sea posible.

No obstante, si la gestante no se limita a cumplir con una mera labor portadora o de gestación del feto en su vientre, sino que además proporciona sus propios gametos para la fecundación, en este caso no solo se “subrogará” en el proceso de gestación, sino que se convertirá en “madre subrogada” del menor, puesto que el niño nacido tendrá plena conexión genética y biológica con ella. Por ello, muchos juristas¹¹⁷ consideran que en estos supuestos nos encontramos ante un verdadero caso de maternidad subrogada y no de gestación por sustitución *stricto sensu* o *per se*, debiendo distinguir los acuerdos de maternidad subrogada de los acuerdos de gestación¹¹⁸, considerando erróneo, por tanto, el empleo de ambos conceptos como sinónimos.

2.2. Terminología.

Se emplean múltiples denominaciones para hacer referencia a la técnica que nos ocupa, entre otras: gestación por sustitución¹¹⁹, maternidad

¹¹⁷ En QUIÑONES ESCÁMEZ, A., “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada”, *InDret, Revista para el análisis del Derecho*. Barcelona, 2009; SAEZ-SANTURTUN PRIETO, M.A., “La maternidad subrogada; estado actual de la cuestión a raíz de la STS de 6 de febrero de 2014”. *Diario La Ley*, núm. 8293 (Sección Tribuna). La Ley. Madrid, 2014. Pág. 1-99; STOREY, G.P., “Ethical Problems Surrounding Surrogate Motherhood”, *Yale-New Haven Teachers Institute*, Vol. 2. Yale University (USA), 2000. Disponible en: <<http://www.yale.org/ynhti/curriculum/units/2000/7/00.07.05.x.html>>. Última consulta: 12/09/2016; VALDÉS DÍAZ, C.C., “La maternidad subrogada y...”, cit., pág. 459-482; o VELA SÁNCHEZ, A.J., “De nuevo sobre la regulación de la maternidad subrogada en España”. *Diario La Ley*, núm. 7815 (Sección Doctrina). La Ley. Madrid, 2012; entre muchísimos otros.

¹¹⁸ ALKORTA IDIAZKEZ, I., *Regulación jurídica de la medicina reproductiva: Derecho español y comparado*. Aranzadi. Madrid, 2003. Pág. 280.

¹¹⁹ En LAMM, E., “Gestación por sustitución. Realidad y Derecho”. *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, núm. 3/2012. Barcelona, 2012. O RAMÓN FERNÁNDEZ, F., “La protección del menor en los casos de gestación por sustitución: análisis de diversos supuestos prácticos”. *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, Núm. 6, marzo 2014. Universidad Politécnica de Valencia. Valencia, 2014. Pág. 38-50.

subrogada¹²⁰, subrogación¹²¹, maternidad portadora o de encargo¹²², madres de alquiler¹²³, maternidad sustituta, suplente o sustituida¹²⁴, vientre o útero de alquiler¹²⁵, gestación por cuenta ajena o por cuenta de otro¹²⁶, subrogación uterina¹²⁷, donación temporaria de útero¹²⁸, gestación por encargo¹²⁹, e incluso menciones a “semén, óvulos y úteros nómadas”¹³⁰, en relación a las nuevas técnicas de reproducción asistida. De entre todas ellas, las más habituales son gestación por sustitución, maternidad subrogada y en el ámbito coloquial “vientres de alquiler”.

“Gestación por sustitución” es la expresión adoptada por la Ley española

¹²⁰ En SAEZ-SANTURTUN PRIETO, M.A., “La maternidad subrogada; estado actual de la cuestión a raíz de la STS de 6 de febrero de 2014”. *Diario La Ley*, núm. 8293 (Sección Tribuna). La Ley. Madrid, 2014. Pág. 1-99. VALDÉS DÍAZ, C.C., “La maternidad subrogada y...”, cit., pág. 459-482. O VELA SÁNCHEZ, A.J., “De nuevo sobre la regulación de la maternidad subrogada en España”. *Diario La Ley*, núm. 7815 (Sección Doctrina). La Ley. Madrid, 2012.

¹²¹ En BRUNET, L. (Dir.), *El régimen de subrogación...*, cit.; FENTON-GLYNN, C., “Review article: Human Rights and Private International Law: Regulating International Surrogacy”, *Journal of Private International Law*, Vol. 10, Núm. 1. Taylor & Francis, 2014. Pág. 157-169. GAMBLE, N. y GHEVAERT, L., “International surrogacy: payments, public policy and media hype”, *Family Law*, Vol. 41, Núm. 5. Jordan Publishing. Bristol (UK), 2011. Pág. 504-507. O en TRIMMINGS, K. y BEAUMONT, P. (Coord.), *International Surrogacy Arrangements. Legal Regulation at the International Level*. Hart publishing, Oxford and Portland (Oregon), 2013, entre muchos otros.

¹²² En MARTÍNEZ-PEREDA RODRIGUEZ, J.M. y MASSIGOGUE BENEIGU, J.M., *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho español*. Dykinson. Madrid, 1994.

¹²³ En DICKENS, B.M., “Servicios de salud reproductiva y el Derecho y ética de la objeción de conciencia”. *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, Vol. 13. Buenos Aires (Argentina), 2009. Pág. 2.

¹²⁴ En SILVA-RUIZ, P.F., “Panorámica general de la fecundación humana asistida (inseminación artificial, fertilización “*in vitro*” y maternidad sustituta, suplente o subrogada) en los Estados Unidos”. En *La filiación a finales del siglo XX: problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana: ponencias y comunicaciones Vitoria-Gasteiz, 28-IX a 2-X-1987*. Editorial Trivium. Madrid, 1988. Pág. 85-98. O en SILVA RUIZ, P. “Programación humana asistida: La maternidad Subrogada, suplente o sustituta”. *Revista Anuario del Instituto de Derecho Comparado*, Núm. 21. Facultad de Derecho, Universidad de Carabobo. Valencia (Venezuela), 1998. Disponible en: <<http://servicio.bc.uc.edu.ve/derecho/revista/idc21/21-7.pdf>>, última consulta: 09/09/2016.

¹²⁵ En LAMM, E., *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada...*, cit.; o MALLMA SOTO, J.C., “Alquiler de vientre y sus problemas de filiación”, 2007. Disponible en: <<http://www.monografias.com/trabajos-pdf/alquiler-vientre-problemas/alquiler-vientre-problemas.shtml>>, última consulta: 09/09/2016. O SANTAMARÍA SOLÍS, L., “Técnicas de reproducción...”, cit., pág. 37-47, entre otros.

¹²⁶ En LAMM, E., “Gestación por sustitución. Realidad y...”, cit., pág. 4.

¹²⁷ BELLVER CAPELLA, V., “¿Nuevas tecnologías?...”, cit., pág. 20.

¹²⁸ En LAMM, E., “Gestación por sustitución. Realidad y...”, cit., pág. 4.

¹²⁹ VELA SÁNCHEZ, A.J., *Gestación por encargo: Tratamiento judicial y soluciones prácticas: la cuestión jurídica de las madres de alquiler*. Editorial Reus. Madrid, 2015.

¹³⁰ En el trabajo de DE GRADO GONZÁLEZ, M., “Semén, óvulos y úteros nómadas. Representaciones sobre mujer, maternidad y nuevas técnicas de reproducción asistida”. *Icono14*, Vol. 9, Núm. 1. Madrid, 2011. Pág. 161-174.

14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida¹³¹, así como mayoritariamente por la jurisprudencia española¹³² y por gran parte de la doctrina¹³³ al ser la más neutra¹³⁴ y ajustada al objeto del contrato¹³⁵, dado que en virtud del acuerdo gestación por sustitución, “la mujer que actúa como gestante, precisamente gesta un hijo para otro”¹³⁶, siendo incorrecto emplear con carácter general el término “maternidad subrogada”, puesto que la maternidad engloba una realidad mucho más amplia que la mera gestación, pudiendo asociarse con supuestos en los que la gestante aporta, además de la gestación, su propio material genético.

En el mismo sentido, el Grupo de Trabajo constituido por la Dirección General de los Registros y del Notariado para el estudio de problemas civiles que plantea la inseminación artificial y la fecundación *in vitro*¹³⁷, distinguía los “contratos de maternidad para otra, con prestación de óvulo y de vientre”, es decir, los contratos de maternidad subrogada, en los que “el hijo habrá de ser habido en las condiciones siguientes: fecundación artificial con semen del marido en mujer distinta de la esposa, previo convenio de los tres para que el hijo sea del matrimonio”. Frente a la gestación por sustitución, o contratos

¹³¹ «BOE» núm. 126, de 27 de mayo de 2006.

¹³² Como en la sentencia 247/2014 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 6 de febrero de 2014 (Id. Cendoj: 28079119912014100001); el Auto 335/2015 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 2 de febrero de 2015 (Id. Cendoj: 28079119912015200003); o la sentencia 826/2011 de la Sección 10ª de la Audiencia Provincial de Valencia, de 23 de noviembre de 2011 (Id. Cendoj: 46250370102011100707), entre otras.

¹³³ Véase, a dichos efectos, las referencias en la mayoría de textos doctrinales recientes citados en la bibliografía del presente estudio, en todos los cuales, al igual que en la Ley 14/2006 y en la jurisprudencia española, se hace referencia a la expresión “gestación por sustitución”.

¹³⁴ FARNÓS AMORÓS, E., “La filiación derivada de la...”, cit., pág. 30.

¹³⁵ INGRID BRENA SESMA se plantea si el objeto del contrato de gestación por sustitución consiste en una obligación de hacer, de no hacer o de dar, BRENA SESMA, I.: “La gestación subrogada ¿una nueva figura del Derecho de familia?”, en BRENA SESMA, I. (Coord.), *Reproducción asistida*. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2012. Pág. 145, siendo la respuesta desde nuestro punto de vista más acertada que el objeto de dicho negocio jurídico radicaría precisamente en la capacidad biológica de gestar de la mujer que se compromete a llevar a cabo el embarazo, así como el compromiso de renunciar o transferir los derechos de filiación que pudieran corresponder a la misma, conforme establece ALARCÓN ROJAS, F., “El negocio jurídico de la maternidad por sustitución en la gestación”, en GONZÁLEZ DE CANCINO, E. (Coord.), *Primer Seminario franco-andino de Derecho y Bioética: memorias*. Centro de Estudios sobre Genética y Derecho, Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2003. Pág. 134-136.

¹³⁶ LAMM, E., “Gestación por sustitución. Realidad y...”, cit., pág. 4.

¹³⁷ DÍEZ-PICAZO, L. et al., “Problemas civiles que plantea la inseminación artificial y la fecundación *in vitro*”. *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, Suplemento núm. 3/1986, de 15 de enero. Madrid, 1986. Pág. 18.

sobre “servicios de incubación en útero ajeno”, que suponen un convenio por el que “se estipulan las condiciones por las que debe regirse la gestación en vientre ajeno a la madre biológica”.

No obstante, FERRER VANRELL¹³⁸ considera que utilizar la denominación “gestación por sustitución” no es riguroso técnicamente, ya que ello implicaría llevar a cabo un proceso de gestación en lugar de otra mujer, cuando los comitentes pueden ser, no sólo otra mujer, sino también, un hombre o una pareja heterosexual u homosexual, por lo que sería más preciso denominarlo “gestación para otro” o, simplemente, “acuerdo de gestación”.

También es habitual el empleo del término “subrogación” en alusión a la expresión del ámbito anglosajón “*surrogacy*”¹³⁹. En dicho sentido, según la Real Academia de la Lengua Española “subrogar” significa “sustituir o poner a alguien o algo en lugar de otra persona o cosa”, por lo que también consideramos adecuado emplear como sinónimo de “gestación por sustitución” la expresión “gestación subrogada”¹⁴⁰.

Finalmente, también objetaremos la imprecisión de la expresión “vientres (o úteros) de alquiler”¹⁴¹, poco habitual entre la doctrina, pero la más empleada coloquialmente. Dicha denominación es sumamente imprecisa dado que un embarazo conlleva cambios metabólicos que van más allá de la mera cavidad uterina de la gestante, conllevando transformaciones en todo su cuerpo como consecuencia del gran aumento de peso a que se verá sometida durante el

¹³⁸ FERRER VANRELL, M.P. “Artículo 10. Gestación por sustitución...”, cit., pág. 160.

¹³⁹ En FENTON-GLYNN, C., “Review article: Human Rights and...”, cit., pág. 157-169; GAMBLE, N. y GHEVAERT, L., “International surrogacy: payments...”, cit., pág. 504-507; o TRIMMINGS, K. y BEAUMONT, P. (Coord.), *International Surrogacy...*, cit., entre muchos otros.

¹⁴⁰ Expresión empleada, entre otras, en las obras de FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, A.S., “Eficacia jurídico-registral del contrato de gestación subrogada”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 3/2011, Pamplona, 2011. Pág. 127-146; o BRENA SESMA, I.: “La gestación subrogada...”, cit., pág. 139-161.

¹⁴¹ Es habitual encontrar en foros de internet anuncios como “...soy de Perú Lima y doy mi vientre en alquiler, tengo tres hijas sanas y ahora estoy pasando una crisis económica...”, disponible en <<http://maternidad.enfemenino.com/foro/doy-mi-vientre-en-alquiler-fd2632839>>; “...tengo 23 años, soy de Chile y me interesa alquilar mi vientre...”, “...soy venezolana viviendo en Panamá, estoy interesada en alquilar mi vientre, tengo 30 años, soy muy sana...”, “...alquilo mi vientre por cuestiones económicas. Con estricta seriedad...”, todos estos últimos disponibles en: <<http://thforo.activeboard.com/t40375076/busco-vientre-de-alquiler/>>. Última consulta: 10/10/2016.

proceso, desde cambios en la piel, pasando por los pulmones, riñones o sistema digestivo, hasta los músculos, sangre o huesos¹⁴². Asimismo, la gestación por sustitución no tiene por qué implicar la existencia de un “alquiler” o contraprestación económica, sino que se podrá realizar de forma completamente altruista, conteniendo además el término “alquiler” connotaciones negativas que pueden hacer pensar en la mercantilización del cuerpo humano, cuando la gestación por sustitución debería emplearse ante una situación de necesidad de los padres intencionales por su imposibilidad de llevar a término un embarazo con el nacimiento de un hijo sano, y con la finalidad de la gestante de ayudar con su labor a los comitentes, pese a que pueda recibir una contraprestación económica que cubra los gastos necesarios en los que incurra, o incluso superiores si en el país de que se trate se acepta la subrogación comercial.

2.3. Elementos subjetivos.

De todo lo expuesto anteriormente, se desprende la existencia en los procesos de gestación por sustitución de diversos elementos subjetivos, algunos de los cuales deberán existir necesariamente, como son los padres intencionales, la gestante y el niño, cuyo nacimiento se prevé como consecuencia del acuerdo. Y también otras personas que podrán o no concurrir dependiendo de las circunstancias del supuesto, como son los donantes de gametos (en caso de que ambos padres intencionales o alguno de ellos no pueda aportar los propios), así como profesionales que habitualmente intervendrán en el proceso, como pueden ser médicos, obstetras, abogados o psicólogos, entre otros.

En cuanto a los padres de intención o intencionales, también llamados

¹⁴² Asimismo, conlleva otros síntomas típicos del embarazo, como son las náuseas, mareos, cansancio, hinchazón de piernas o pies, estreñimiento, calambres o dolor de espalda, entre otros, más las secuelas que pueden quedar tras el parto, como pueden ser estrías, cicatrices o flacidez. En “Cambios físicos a los que se enfrentan las embarazadas”. *ABC del bebé.com*, 2006. Disponible en: <<http://www.abcdelbebe.com/etapa/embarazo/segundo-trimestre/desarrollo/cambios-fisicos-los-que-se-enfrentan-las-embarazadas>>. Última consulta: 22/09/2016.

“comitentes”¹⁴³, son las personas que, ante el deseo de concretar su voluntad procreacional, realizan el encargo a una mujer de llevar a cabo la gestación del futuro nacido, al que consideran su propio hijo¹⁴⁴. Son, por tanto, las personas que tienen la voluntad de traer al mundo a un niño, para lo cual encargan a otra persona que lo gesté, y del cual asumirán la custodia y criarán una vez nacido. Podrá tratarse de una pareja, heterosexual u homosexual, o bien de un padre o una madre que, de modo individual, deseen acceder a la paternidad del menor. Tal y como hemos apuntado anteriormente, los padres intencionales no necesariamente deberán aportar sus propios gametos para la fecundación, pudiendo el niño estar vinculado genéticamente con ambos, solo con uno de ellos, o con ninguno.

La gestante es la mujer que acepta llevar el embarazo a término por cuenta del o de los progenitores intencionales, y dará a luz al niño que será entregado tras el parto a los comitentes tan pronto como sea posible, renunciando a cuantos derechos legales le pudieran corresponder sobre el niño.

En el presente estudio nos referiremos a ella siempre como “gestante”, “gestante subrogada” o “mujer gestante”¹⁴⁵, dado que tan sólo lleva a cabo el proceso de gestación, careciendo por completo de vinculación genética con el

¹⁴³ BELLVER CAPELLA, V., “¿Nuevas tecnologías?...”, cit., pág. 19.

¹⁴⁴ No utilizaremos los términos “padres comisionados” o “padres futuros”, ya que entendemos que el primer término puede hacer referencia a la necesaria concurrencia de acuerdos de carácter comercial, y con respecto al segundo, consideramos que los comitentes deben ser tenidos por padres del menor desde el mismo momento en que nace su voluntad y se inicia el procedimiento, sin necesidad de esperar al momento en que se les atribuya la filiación del niño a efectos legales. Los términos padres comisionados o padres futuros son mencionados en BRUNET, L. (Dir.), *El régimen de subrogación...*, cit., pág. 7. También se les denomina en ocasiones “padres genéticos”, pero no siempre serán, o no siempre serán ambos, quienes aporten sus gametos para proceder a la fecundación. Por lo que tan sólo utilizaremos dicha denominación, si son los comitentes quienes aportan su material biológico para llevar a cabo la fecundación *in vitro*. Denominación utilizada por ARTETA ACOSTA, C., “Maternidad subrogada...”, cit., pág. 93. Por último, también se emplea la denominación “madres subrogantes” en las traducciones de las sentencias C-167/12 y C-363/12 del TJUE, de 18 de marzo de 2014 –por ejemplo, disponible en <<http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-03/cp140036es.pdf>>, pero tampoco consideramos adecuado este término dado que las madres de intención no se subrogan en la posición de madre de ninguna otra persona.

¹⁴⁵ BELLVER CAPELLA, V., “¿Nuevas tecnologías?...”, cit., pág. 19.

niño, y no como “madre subrogada, sustituta o portadora”¹⁴⁶, ya que, más allá de las regulaciones legales que otorgan la consideración de madre a la mujer que da a luz, tan solo debería considerársele como tal en caso de que aporte sus propios ovocitos para la fecundación, al no limitarse en dicho caso a ser la gestante del embrión que crecerá en su vientre hasta el momento de dar a luz, sino que estará vinculada genéticamente con el niño. También existen referencias doctrinales que se refieren a la gestante, en caso de que no aporte su propio óvulo, como “portadora (o anfitriona) gestacional”¹⁴⁷.

Con respecto a la figura de la mujer en el proceso de la gestación subrogada y, en general, en relación con la técnica de inseminación *in vitro*, también podemos encontrar referencias doctrinales a madre genética o “*genitrix*”, que sería la mujer que aporta el óvulo, y a la madre biológica o “*gestatrix*”, que sería la mujer que lleva a cabo la gestación¹⁴⁸.

Es importante no desatender los efectos psicológicos y sociales que la renuncia al hijo puede suponer sobre la gestante, por lo que es importante que preste un consentimiento verdaderamente libre e informado, que garantice que previamente al inicio de la gestación, ha obtenido la información adecuada relativa a todo el proceso así como de las consecuencias de su autorización¹⁴⁹.

También es necesario velar por el resto a la dignidad e integridad moral de las gestantes y tratar de prevenir la explotación o posibles abusos del

¹⁴⁶ Incluso en determinados artículos se la llega a llamar “madre incubadora”, cosificándola por completo, lo que no consideramos adecuado en el presente trabajo de investigación. En ARTETA ACOSTA, C., “Maternidad subrogada...”, cit., pág. 93, se refiere indistintamente a la “madre gestante”, “madre portadora” o incluso “madre incubadora”.

¹⁴⁷ SWAIN, M.E., “Surrogacy and...”, cit., pág. 71-77.

¹⁴⁸ Aunque se trata de términos raramente empleados en el ámbito jurídico, por lo que no los utilizaremos a lo largo del presente estudio. Pueden encontrarse mencionados en VARSÍ ROSPIGLIOSI, E., “Filiación y reproducción asistida (jurídico)”, en ROMEO CASABONA, C.M. (Dir.), *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, Cátedra de Bioderecho y Genoma Humano, 2017. Disponible en: <<http://enciclopedia-bioderecho.com/voces/160>>. Última consulta: 09/03/2017. O en COELHO, F.M.P., “Procriação assistida com gâmetas do casal”. *Procriação Assistida. Coloquio Interdisciplinar (12-13 de Dezembro de 1991)*. Publicações do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Núm. 2. Coimbra, 1993. Pág. 19.

¹⁴⁹ El consentimiento informado es un requisito para la intervención médica, que exige al profesional sanitario proporcionar al paciente la información adecuada y recabar su autorización antes de intervenir. En MÉNDEZ BAIGES, V. y SILVEIRA GORSKI, H.C., *Bioética y...*, cit., pág. 208.

estado de necesidad en que pueden encontrarse especialmente las mujeres jóvenes en situación de pobreza y que recurran a la subrogación para cubrir sus necesidades económicas personales y familiares.

Por lo que hace a los niños nacidos como consecuencia de los acuerdos de gestación por sustitución y que serán entregados por la gestante a los padres intencionales tras el parto, son la parte más vulnerable del proceso y con respecto a los cuales, la Convención sobre los Derechos del Niño establece la obligación para los Estados parte de garantizar su derecho intrínseco a la vida (art. 6), así como la protección de su derecho fundamental a la identidad personal y a respetar un desarrollo digno, no debiendo sufrir discriminación alguna basada en su nacimiento o estatus parental, y tratando de protegerles frente a los potenciales abusos o riesgos a los que se verán sometidos derivados de los acuerdos, tanto durante el proceso de gestación, como tras el parto.

Los artículos 7 y 8 de la Convención reconocen el derecho de todo niño a preservar su identidad personal, que incluye el derecho a ser inscrito inmediatamente tras su nacimiento en el Registro correspondiente, así como a la atribución de un nombre, la adquisición de una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres, ser cuidado por ellos y contar con un vínculo paterno-filial que les permita relacionarse con sus familiares conforme a la ley, sin sufrir injerencias indebidas. Para todo ello los Estados parte de la Convención deberán prestar la asistencia y protección adecuadas, velando en todo caso por el interés superior del niño y por la aplicación de estos derechos para que no resulte, de otro modo, apátrida¹⁵⁰.

La identidad personal lleva inherente, por tanto, el derecho de los niños a conocer sus orígenes y a ostentar un vínculo filial derivado de un régimen legal para la determinación de la filiación. En el caso de la filiación por naturaleza, los mencionados derechos a conocer los orígenes y a las relaciones familiares derivadas de los mismos, van de la mano. Mientras que

¹⁵⁰ Arts. 7 y 8 CDN.

en el caso de la filiación por adopción, tiene lugar un desmembramiento entre el derecho del niño a conocer sus orígenes que lo unen a su familia biológica¹⁵¹, frente al vínculo jurídico que se crea con los adoptantes. Y, finalmente, en el caso de filiación derivada de TRA, es decir, de filiación a partir del elemento volitivo o voluntad procreacional, no se puede hablar de “derecho a conocer los orígenes”, sino de su “derecho a la información”¹⁵² relativa a sus orígenes biológicos con respecto a los datos genéticos del donante de gametos o de la gestante subrogada, en su caso, pero no a establecer vínculos jurídicos de filiación con los mismos, dado que los niños nacidos a partir de TRA ya tienen un vínculo jurídico: el que les une a quienes prestaron la correspondiente voluntad procreacional¹⁵³. Por tanto, no podrá equipararse la filiación por adopción, en la que el nacido tuvo unos padres biológicos con los que se relacionó en mayor o menor grado y, por tanto, también abuelos y otros familiares por consanguinidad, lo que no sucede en el caso de las TRA.

Sobre la base del derecho a la identidad, en dos sentencias dictadas en los casos *Menesson*¹⁵⁴ y *Labassee contra Francia*¹⁵⁵, de 26 de junio de 2014, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos puso énfasis en la importancia de la paternidad biológica como componente de la identidad, entendiendo que, en base al interés superior del menor, no podía privarse a los niños nacidos a partir de acuerdos de gestación por sustitución de un vínculo jurídico de esta naturaleza con respecto a los respectivos padres biológicos de los mismos. Por ello, condenó a Francia por no transcribir registralmente las correspondientes partidas de nacimiento, negándose con ello a otorgar cualquier efecto legal a la

¹⁵¹ Familia biológica con la que pudo tener una historia más o menos dilatada en el tiempo, pudiendo haber convivido durante ciertos años, meses o días con sus padres biológicos, abuelos o algún referente afectivo, información a la que los niños tiene derecho de acceso.

¹⁵² Debiendo distinguir la información “identificadora”, es decir, la que permite conocer nombre y apellidos de los donantes de gametos, de la información “no identificadora”, que aporta simples datos genéticos sobre el donante.

¹⁵³ KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. et al., “Filiación derivada de la reproducción humana asistida. Derecho a conocer los orígenes, a la información y al vínculo jurídico”. *Revista Jurídica La Ley*, 2012. Disponible en: <http://colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2015/05/AKC_MH_EL.-Filiaci%C3%B3n-derivada-de-la-reproducci%C3%B3n-humana-asistida.1.pdf>. Última consulta: 19/09/2016.

¹⁵⁴ *Case of Menesson v. France (Application no. 65192/11)*, 26 June 2014. *European Court of Human Rights (Fifth Section)*.

¹⁵⁵ *Arrêt en l'affaire Labassee c. France (Requête no 65941/11)*, 26 juin 2014. *Cour européenne des droits de l'homme (Cinquième Section)*.

filiación válidamente establecida de los niños en el extranjero, lo que suponía una violación del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos¹⁵⁶ relativo al derecho al respeto a la vida privada y familiar, al haberse excedido el Estado francés en su margen de apreciación. No obstante, el TEDH tan sólo reconoció legalmente en ambas sentencias el vínculo filial con respecto a los padres, que a su vez habían aportado sus gametos para la fecundación, y no el de las madres intencionales, reforzando con ello la idea de que tan sólo importan las relaciones genéticas en materia de filiación, lo cual puede perjudicar el interés superior de los menores, al crear incertidumbres respecto de los derechos sucesorios de los menores, así como respecto a los derechos y obligaciones derivados de la responsabilidad parental de las comitentes¹⁵⁷.

La nacionalidad también se ha considerado tradicionalmente un elemento esencial que configura la identidad de las personas, definiendo su relación de pertenencia a un Estado determinado y también su situación frente a los restantes, con respecto a los cuales se le considera extranjero¹⁵⁸.

Con respecto a una posible colisión de la gestación por sustitución con el derecho de los niños a un desarrollo digno, ATIENZA considera que no existe ningún atentado de este tipo, ya que los menores ni pierden ninguno de sus derechos, ni son tratados con crueldad por haber sido gestados de este modo, por lo que no existe ninguna razón para prohibir esta figura con carácter general, dado que tampoco tiene por qué suponer ningún daño para las personas implicadas, ni atenta contra su autonomía de la voluntad¹⁵⁹. Por el contrario, sí es fundamental regular cuidadosamente esta práctica para evitar problemas y situaciones que sí podrían atentar contra la dignidad del niño¹⁶⁰.

¹⁵⁶ Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, aprobado en Roma el 4 de noviembre de 1950. Disponible en: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf>. Última consulta: 19/10/2016.

¹⁵⁷ LAMM, E., "Gestación por sustitución. Realidad y...", cit., pág. 98-99.

¹⁵⁸ RODRIGUEZ PINEAU, E., "Identidad y nacionalidad". *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (AFDUAM)*, Núm. 17 (2013) - Identidad, Derecho y Política. Madrid, 2013. Pág. 207-208.

¹⁵⁹ ATIENZA, M., "Sobre la nueva Ley de Reproducción Humana Asistida". *Revista de Bioética y Derecho*. Núm. 14 (septiembre de 2008). Universidad de Barcelona. Barcelona, 2008. Pág. 7.

¹⁶⁰ La falta de regulación y de control de algunos países puede llevar a casos como el de Robert y Jeanine Salomone, dos hermanos franceses que se hicieron pasar por marido y mujer en EEUU, para acceder a un tratamiento de reproducción asistida, gracias al cual, Jeanine, de

En cuanto a los “donantes” de gametos, en un proceso de gestación subrogada podrán existir tanto donantes de óvulos, como de espermatozoides, pero no necesariamente, ya que podrán ser los propios progenitores intencionales, o incluso la gestante, quienes aporten su respectivo material biológico para la fecundación¹⁶¹.

Conforme a la legislación española¹⁶², los donantes deberán contar con más de 18 años de edad, plena capacidad de obrar, buen estado de salud psicofísica y no padecer enfermedades genéticas, hereditarias o infecciosas transmisibles a la descendencia.

La donación de ovocitos constituye una TRA mediante la cual el gameto femenino es aportado por una mujer diferente a la que después recibe el embrión¹⁶³. De manera ordinaria, las donantes de óvulos son mujeres jóvenes y sanas a las que se somete a un tratamiento de estimulación ovárica¹⁶⁴.

La mayoría de donantes de óvulos se hallan movidas, en un primer momento, por el carácter altruista de su acción, que permitirá a otras mujeres alcanzar su deseo de ser madres. Pero es habitual que a medida que avanza el proceso clínico y los malestares físicos derivados de la estimulación ovárica y extracción de los ovocitos, las donantes se hagan cada vez más sensibles a la importancia económica de los pagos que reciben a cambio de sus ovocitos, compensación económica que permite también “objetivar” la donación y evitar con ello que las donantes creen cualquier tipo de vínculo imaginario de

62 años, tras fecundar un óvulo proporcionado por una donante estadounidense con el espermatozoide de su hermano Robert, de 52 años, dio a luz a un niño que era a su vez su hijo y su sobrino. Y la misma mujer que aportó el primer óvulo, proporcionó un segundo ovocito que fue fecundado con el espermatozoide de Robert, dando lugar al nacimiento de una niña que gestó como madre subrogada, todo ello con la única finalidad de poder conservar y dotar de un heredero a la multimillonaria fortuna de la madre de los hermanos Salomone. En HUSSELL, L., “Surrogacy scandal that's shocked the world”. Daily Mail, 2012. Disponible en: <<http://www.dailymail.co.uk/news/article-54972/Surrogacy-scandal-thatsshocked-world.html>>.

Última consulta: 19/10/2016.

¹⁶¹ ARTETA ACOSTA, C., “Maternidad subrogada...”, cit., pág. 92.

¹⁶² Art. 5 LTRHA.

¹⁶³ RUIZ, M. et al., “Donación de ovocitos”. En GARCÍA VELASCO, J.A. y SCHNEIDER, J., *Enfermería en Reproducción Humana*. Dykinson. Madrid, 2007. Pág. 159.

¹⁶⁴ LÓPEZ-GALVEZ, J.J. et al., “Donación de ovocitos”, *Revista Mexicana de Medicina de la Reproducción*, Vol. 6, Núm. 3. México, 2014. Pág. 150.

parentesco con los niños que nacerán a partir de los óvulos donados¹⁶⁵.

En cuanto a la donación de semen, se trata de un acto voluntario, solidario y altruista mediante el cual, un varón sano y con buena calidad de material seminal realiza una cesión del mismo con la intención de ayudar a otras personas a tener descendencia¹⁶⁶. Cuando la calidad del esperma del padre intencional no sea adecuada para alcanzar la fecundación, podrá ser aconsejable recurrir a la alternativa de la donación espermática (bancos de semen) para procedimientos básicos de reproducción asistida¹⁶⁷.

La regulación en torno a la donación de gametos varía enormemente de un país a otro, existiendo numerosas posturas adoptadas en relación a la confidencialidad, como: a) países que mantienen la figura de la confidencialidad y el anonimato; b) países que no permiten el acceso a la identidad del donante pero sí a datos médicos; c) países permiten a los donantes de gametos decidir entre efectuar una donación anónima o no, y a los beneficiarios optar entre gametos anónimos o identificables; d) países con un anonimato relativo, es decir, con posibilidad de acceder a la identidad del donante en ciertos supuestos; y, e) países en que se ha eliminado por completo el anonimato del donante siendo libre el derecho a conocer el origen genético¹⁶⁸. Así, España ha optado por proteger legalmente el anonimato de los donantes. Reino Unido, entre otros, ha reconocido jurídicamente la posibilidad de que los nacidos mediante gametos donados puedan acceder a la información relativa a su origen biológico¹⁶⁹. Y Bélgica, en un intento por lograr

¹⁶⁵ OROBITG, G. et al., "El cuerpo (re) productivo. Interés económico y altruismo social en las experiencias de un grupo de mujeres donantes de óvulos". *Revista andaluza de antropología*, Núm. 5: Aportaciones y potencialidades de la antropología de la salud. Sevilla, 2013. Pág. 91-92.

¹⁶⁶ "Donantes de semen". Disponible en: <<https://ivi.es/donantes-de-semen/>>. Última consulta: 11/10/2016.

¹⁶⁷ GÓNGORA RODRÍGUEZ, A., "La donación espermática como alternativa ante el factor masculino severamente alterado". *Revista de la Facultad de Medicina*. Vol. 49, Núm. 3. Universidad Autónoma de México, 2006. Disponible en: <<http://revistas.unam.mx/index.php/rfm/issue/view/467/showToc>>. Última consulta: 11/10/2016.

¹⁶⁸ KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. et al., "Filiación derivada de...", cit., disponible en: <http://colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2015/05/AKC_MH_EL.-Filiaci%C3%B3n-derivada-de-la-reproducci%C3%B3n-humana-asistida.1.pdf>. Última consulta: 19/09/2016.

¹⁶⁹ Reconocimiento que se ha efectuado gracias a la modificación legislativa introducida por la "Human Fertilisation and Embryology Authority (Disclosure of Donor Information) Regulations

la armonización entre el derecho de los hijos a conocer su filiación biológica y el derecho de los donantes a preservar su intimidad, ha articulado un sistema mixto de doble vía por el que los donantes podrán decidir si desean o no permanecer en el anonimato¹⁷⁰.

Optar por uno u otro modelo de confidencialidad en las donaciones, además de las importantes repercusiones jurídicas que conlleva¹⁷¹, supone una clara incidencia tanto en el funcionamiento de los centros sanitarios y clínicas dedicados a la reproducción asistida, como en el número y tipo de donaciones efectuadas¹⁷².

Se les suele denominar “donantes” pese a que en la mayoría de supuestos perciben compensaciones económicas que van más allá de los gastos que puedan sufrir como consecuencia de la donación, como podrían ser los gastos de desplazamiento, y en algunas ocasiones considerables contraprestaciones económicas a cambio del material biológico “donado”, como sucede en EEUU, donde la comercialización de gametos se ha convertido en un sector próspero, con frecuentes anuncios de ofertas con cuantiosas sumas de dinero a potenciales mujeres donantes de ovocitos¹⁷³.

En España, pese al carácter gratuito de los contratos de donación de gametos y preembriones¹⁷⁴, que nunca podrán tener carácter lucrativo o

2004/1511”. Disponible en: http://www.legislation.gov.uk/ukxi/2004/1511/pdfs/ukxi_20041511_en.pdf. Última consulta: 07/01/2017.

¹⁷⁰ PENNING, G., “Belgian law on medically assisted reproduction and the disposition of supernumerary embryos and gametes”. *European Journal of Health Law*, Vol. 14, Iss. 3. Brill. Leiden (Países Bajos), 2008. Pág. 251-260.

¹⁷¹ Puesto que dicha confidencialidad podría afectar al derecho a la vida privada y familiar que comprende, entre otros, el derecho a conocer los detalles sobre la propia identidad y el derecho a obtener información acerca de los padres biológicos.

¹⁷² GARCÍA RUIZ, Y., “Sin registro de donantes de gametos: cerca de treinta años esperando su creación”. *Ius et Scientia*, Vol. 1, Núm. 1. Universidad de Sevilla. Sevilla, 2015. Pág. 44.

¹⁷³ Situándose la compensación media recomendada por la donación de óvulos en EEUU, en base a las directrices del Comité de Ética de la ASRM, en torno a los \$ 4.000. Pero oscilando la mayoría de los pagos entre los \$ 10.000 y los \$ 15.000 y pudiendo llegar a alcanzar cantidades desorbitadas. FARNÓS AMORÓS, E., “European Society of Human Reproduction and Embryology 26th Annual Meeting. Roma, 27-30 de junio, 2010”. *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3/2010. Barcelona, 2010. Pág. 13.

¹⁷⁴ El art. 5.1 LTRHA establece que “La donación de gametos y preembriones para las finalidades autorizadas por esta Ley es un contrato gratuito, formal y confidencial concertado entre el donante y el centro autorizado”.

comercial, sí se permite compensar económicamente a los donantes a efectos estrictamente de resarcir las molestias físicas y los gastos de desplazamiento y laborales que se puedan derivar de la donación, tal y como resulta del artículo 5.3 de la LTRHA. Las compensaciones no podrán suponer incentivo económico para la cesión de gametos, y ascienden a 50 euros en el caso de donación de semen¹⁷⁵, frente a una cantidad mayor para las donaciones de óvulos, dado que es mucho más sofisticado y molesto su proceso de extracción, la cual oscila entre los 600¹⁷⁶ y los 1.000 euros, dependiendo de la clínica de reproducción asistida en la que se realice la extracción¹⁷⁷.

Asimismo, conforme al artículo 5 de la LTRHA, nos encontramos ante un contrato formal, confidencial e irrevocable¹⁷⁸ que deberá suscribirse por escrito, previo consentimiento informado, entre los donantes y el centro autorizado¹⁷⁹, es decir, en ningún caso entre las personas que efectúan la donación y las personas beneficiarias de las técnicas, las cuales, en principio, ignorarán la identidad del proveedor del material genético.

Pese a que la ley establece el carácter anónimo de la donación (art. 5.5. LTRHA), el historial clínico del donante que contiene los datos relativos a su identidad, deberá ser custodiado en el más absoluto secreto, por lo que la

¹⁷⁵ FENOY, M. "La donación de semen crece en España". *ABC Sociedad*. Madrid, 2015. Disponible en: <<http://www.abc.es/sociedad/20150911/abci-donantes-semen-espana-201509101555.html>>. Última consulta: 19/09/2016.

¹⁷⁶ Cuantía establecida en el año 1998 por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, siguiendo las recomendaciones de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida. En ÁLVAREZ, J.G., "Artículo 5. Donantes y contratos de donación. Comentario científico", en LLEDÓ YAGÜE, F. y OCHOA MARIETA, C. (Dir.), *Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo)*. Dykinson. Madrid, 2007. Pág. 84. Y GODOY VAZQUEZ, M.O., *Régimen Jurídico de la Tecnología Reproductiva y la Investigación Biomédica con Material Humano Embrionario*. Dykinson. Madrid, 2014. Pág. 282.

¹⁷⁷ El Instituto Bernabéu, el Instituto de Reproducción CEFER y el Instituto Dexeus de Barcelona recompensan cada donación con 900 euros, mientras que la cantidad entregada por el IVI oscila entre los 600 y 700, añadiendo dichos centros a la cantidad fijada por el Ministerio, los gastos por desplazamientos y el tiempo que estiman que debe dedicar la donante al proceso. En PÉREZ YBARRA, R., "Donar óvulos, altruismo con recompensa". *El País*. Madrid, 2006. Disponible en: <http://elpais.com/diario/2006/07/11/salud/1152568801_850215.html>. Última consulta: 19/09/2016.

¹⁷⁸ Salvo que el donante precise para sí los gametos donados y siempre que a la fecha de revocación sigan estando disponibles (art. 5.2 LTRHA).

¹⁷⁹ SOTO LAMADRID, M.A., *Bioética, filiación y...*, cit., pág. 515.

donación no es realmente anónima¹⁸⁰. Tanto las receptoras de gametos y de preembriones, como los hijos nacidos a partir de los mismos, ya sea por sí o a través de sus representantes legales, tendrán derecho a obtener información general sobre los donantes, salvo en relación a su identidad, con respecto a la cual deberá garantizarse la confidencialidad. Tan solo será posible revelar la identidad de los donantes, en circunstancias excepcionales, en caso de que la revelación sea indispensable para evitar un peligro cierto para la vida o la salud del hijo, o proceda conforme a lo dispuesto en las leyes procesales penales, revelación que tendrá carácter restringido y no implicará en ningún caso publicidad de la identidad del donante.

La protección del anonimato del donante no vulnera el derecho fundamental de toda persona a no ser privada del acceso a la información que le concierne y, más en concreto, la relativa a sus orígenes, es decir, al derecho de los niños nacidos mediante TRA a su identidad personal¹⁸¹ y el derecho a conocer sus orígenes biológicos¹⁸², puesto que no se les priva del acceso a conocer información genética no identificadora del donante, a la que podrán acceder de manera sencilla con una simple solicitud efectuada al centro médico, siendo posible también el acceso a la identidad del donante por razones fundadas, mediante el correspondiente trámite judicial que proteja también el interés de este último en base al principio de proporcionalidad¹⁸³. Aunque también es necesario señalar que cada vez está menos garantizado el derecho al anonimato, puesto que ya existen bases de datos que permiten averiguar la identidad de un donante mediante la trazabilidad de su ADN¹⁸⁴.

¹⁸⁰ *Ibíd.*, pág. 516.

¹⁸¹ Siendo el derecho a la identidad un derecho humano que se encuentra expresamente recogido con respecto a los menores de edad en los arts. 7, 8 y 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

¹⁸² FERNANDEZ ECHEGARAY, L., *El derecho a la identidad: tratamiento especial del derecho a conocer los orígenes biológicos y genéticos en las distintas formas de maternidad*, Tesis Doctoral. Universidad de Cantabria, 2016.

¹⁸³ KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. et al., "Filiación derivada de...", cit., disponible en: <http://colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2015/05/AKC_MH_EL-Filiaci%C3%B3n-derivada-de-la-reproducci%C3%B3n-humana-asistida.1.pdf>. Última consulta: 19/09/2016.

¹⁸⁴ HARPER, J.C. et al., "The end of donor anonymity: how genetic testing is likely to drive anonymous gamete donation out of business", *Human Reproduction*. Oxford Journals, 2016. Disponible en:

El número de donaciones que se podrán efectuar por persona estará habitualmente limitada legalmente¹⁸⁵, siendo en España seis el número máximo de hijos que pueden nacer a partir de los gametos procedentes de un mismo donante, a cuyos efectos, deberán declarar en cada donación si han efectuado otras con anterioridad, así como las condiciones, momento y centro en el que se hubieran realizado, con tal de que los centros o servicios que empleen gametos de donantes puedan comprobar de modo fehaciente si el número de hijos nacidos a partir de los gametos de un mismo donante, supera el límite legalmente fijado. A efectos de control, el artículo 21 LTRHA preveía la creación de un Registro nacional de donantes de gametos y preembriones con fines de reproducción humana que permitiese efectuar la consulta correspondiente, pero al día de hoy, todavía no ha sido creado¹⁸⁶.

Finalmente, también debemos mencionar a los restantes profesionales que podrán o no intervenir en el proceso de subrogación, como es el caso de los médicos, obstetras, abogados o juristas, que podrán aportar información fundamental a tanto a los padres intencionales como a la gestante. También pueden intervenir psicólogos que ayuden a las partes, o agencias de intermediación o de publicidad.

<<http://humrep.oxfordjournals.org/content/early/2016/04/08/humrep.dew065.full>>. Última consulta: 23/09/2016.

¹⁸⁵ Para reducir el riesgo de endogamia, así como el negocio derivado de la donación, existiendo en España un Registro que permite controlar el número de dichas donaciones. “Un registro evitará la donación sin control de semen y óvulos”. *El País*, 2009. Disponible en: <http://elpais.com/diario/2009/11/10/sociedad/1257807604_850215.html>. Última consulta: 23/09/2016.

¹⁸⁶ GARCÍA RUIZ, Y., “Sin registro de donantes...”, cit. pág. 41-52.

CAPÍTULO III. MODALIDADES DE GESTACIÓN

SUBROGADA.

Se puede distinguir entre diversas modalidades de gestación por sustitución: dependiendo de la procedencia de los gametos masculinos y femeninos que se empleen en el proceso; en base a si media o no contraprestación económica a favor de la mujer gestante; también teniendo en cuenta cuándo se produce la adquisición de los derechos paterno-filiales por parte de los comitentes; dependiendo de la territorialidad aplicable al proceso; y, finalmente, debiendo hacer mención a la conocida como maternidad subrogada “social”.

3.1. Dependiendo de la procedencia de los gametos para la fecundación.

Para generar el o los embriones que portará en su vientre la mujer que se ha comprometido a llevar a término el embarazo, tal y como sucede en toda gestación se precisará disponer de uno o varios ovocitos femeninos, que deberán ser fecundados con material espermático masculino. Dependiendo de quién aporte dichos gametos, se puede distinguir entre la gestación por sustitución en su variante “tradicional”, de la modalidad “gestacional”¹⁸⁷.

¹⁸⁷ Parte de la doctrina también denomina a estas variantes como gestación por sustitución “plena” o “total”, frente a gestación por sustitución “parcial”, dependiendo de si nos encontramos ante la modalidad tradicional o gestacional. Pero el uso de dicha terminología no es unánime, ya que algunos autores consideran que la tradicional es el término equivalente a plena o total, como es el caso de DURÁN AYAGO, A., en “El acceso al Registro Civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la Ley 20/2011: Relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución”. *Anuario español de Derecho internacional privado*, Tomo XII. Iprolex, S.L. Madrid, 2012. Pág. 271; o FARNÓS AMORÓS, E., “European Society of Human...”, cit., pág. 10. Mientras que otros, consideran que tradicional es sinónimo de parcial, como sucede con KHAZOVA, O., “19. Russia”, en TRIMMINGS, K. y BEAUMONT, P. (Coord.), *International Surrogacy Arrangements. Legal Regulation at the International Level*. Hart publishing, Oxford and Portland (Oregon), 2013. Pág. 282; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, L., “Maternidad subrogada: una mirada a su regulación en México”. *Dikaion*, vol. 24, núm. 2. Chía (Colombia), 2015. Pág. 361; HATZIS, A.N., “The Regulation of Surrogate Motherhood in Greece”. *Social Science and Research Network*, 2010. Disponible en: <<http://users.uoa.gr/~ahatzis/Surrogacy.pdf>>, última consulta: 24/08/2016; o BRUNET, L. (Dir.), *El régimen de subrogación...*, cit., pág. 8. Por lo tanto, no siendo clara ni unánime la equivalencia entre dichos términos, en el presente estudio, nos referiremos en todo caso a gestación por sustitución “tradicional” cuando la gestante aporte su propio óvulo, frente a

Así, si los óvulos empleados para la fecundación proceden de la propia mujer que llevará a cabo la gestación, nos encontraremos ante un supuesto de subrogación “tradicional”¹⁸⁸, que implicará la existencia de un acuerdo en el que la gestante, no solo se compromete a llevar a término el embarazo por cuenta de los comitentes, sino que además aportará su propio óvulo para la fecundación, estando por ello plenamente vinculada tanto a nivel biológico como genético con el niño. Por lo que respecta a los gametos masculinos, podrán proceder del propio padre intencional lo cual le permitiría alegar su vinculación genética con el menor en el momento posterior de reconocimiento del niño, pero también podrán proceder de un donante¹⁸⁹, en cuyo caso el niño no tendrá vinculación genética con ninguno de los comitentes¹⁹⁰.

En este supuesto, para alcanzar el embarazo no se precisará recurrir a una técnica de fecundación *in vitro* fuera del cuerpo humano, sino que bastará con depositar la muestra de semen¹⁹¹ de forma no natural en el tracto genital femenino de la gestante¹⁹², a través de cualesquiera de las técnicas médicas de inseminación artificial. Pero también cabe la posibilidad de acuerdos de gestación subrogada en que el embarazo se alcance a través de una inseminación artificial “casera”, sin necesidad de la intervención de profesionales médicos que fertilicen e implanten el embrión en la gestante¹⁹³.

gestación por sustitución “gestacional” si el óvulo procede de la madre intencional o de donante ajena a la mujer que lleva a cabo la gestación.

¹⁸⁸ Otros autores, como Vera Lúcia RAPOSO, también denominan a esta variante, en que la gestante aporta sus propios gametos, como “sustitución genética”. RAPOSO, V.L., “La nueva ley portuguesa sobre reproducción asistida”. *Revista de Bioética y Derecho*. Núm. 10 (abril 2007). Universidad de Barcelona. Barcelona, 2007. Pág. 11.

¹⁸⁹ No siendo conveniente recurrir a una inseminación artificial homóloga, ya que supondría que los gametos masculinos donados proceden del propio esposo o pareja de la gestante.

¹⁹⁰ Como indica LAMM, éste podría ser el caso de una comitente individual o una pareja de mujeres que no pueden gestar ni aportar sus propios ovocitos, que recurren a la modalidad de subrogación tradicional con semen de donante. LAMM, E., *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada...*, cit., pág. 27.

¹⁹¹ Habitualmente, dicha muestra estará previamente preparada en el laboratorio con el fin de incrementar el potencial de los espermatozoides y las posibilidades de fecundación del óvulo. Disponible en: <<https://ivi.es/tratamientos-reproduccion-asistida/inseminacion-artificial/>>. Última consulta: 26/09/2016.

¹⁹² Generalmente en el útero (“inseminación intrauterina”), aunque también cabe la posibilidad de que el semen se coloque en el fondo de la vagina (“inseminación intravaginal”), o dentro de una o ambas trompas de falopio (“inseminación intratubárica”), entre otras. En THOMASMA, D.C. y KUSHNER, T., *De la vida a la muerte...*, cit., pág. 53.

¹⁹³ LAMM, E., “Gestación por sustitución. Realidad y...”, cit., pág. 12.

O, incluso, la opción de recurrir a una concepción “natural”¹⁹⁴, manteniendo para ello la gestante relaciones sexuales con el padre intencional o con otro varón que aporte sus gametos¹⁹⁵. En estas últimas opciones se hace mucho más complejo llevar a cabo un control y regulación del proceso, dado que el acuerdo se lleva a cabo de forma privada y sin ningún tipo de intervención del Estado ni de profesionales médicos, lo cual no es aconsejable¹⁹⁶.

No obstante, independientemente de cuál sea el método empleado para lograr el embarazo en esta variante “tradicional”, la plena conexión genética existente entre la gestante y el niño hace que parte de la doctrina considere que no es la gestación lo que se realiza por cuenta de otra persona¹⁹⁷, sino que en este supuesto es la propia maternidad lo que se transfiere una vez nacido el menor, por lo que no cabría hablar de gestación por sustitución, sino de “maternidad subrogada”¹⁹⁸, pese a que *a priori* la gestante no pretenda convertirse en madre legal del niño en ningún momento¹⁹⁹. Es más, algunos autores consideran que existen dudas en cuanto al tratamiento jurídico de la variante tradicional, ya que podríamos hablar de un supuesto de adopción, puesto que la madre está renunciando a su propio hijo para transmitir sus

¹⁹⁴ Pese a que no es en absoluto recomendable, es completamente posible que se acuerde que la gestante mantenga relaciones sexuales con el padre intencional para llegar al ansiado embarazo y consecuente nacimiento del niño. En SILVA RUIZ, P. “Programación humana asistida: La...”, cit., disponible en: <<http://servicio.bc.uc.edu.ve/derecho/revista/idc21/21-7.pdf>>. Última consulta: 01/04/2017.

¹⁹⁵ BRUNET, L. (Dir.), *El régimen de subrogación...*, cit., pág. 8.

¹⁹⁶ DONNELLY, D. et al., *Report of the Commission on Assisted Human Reproduction*. Ireland, 2005. Disponible en: <<http://health.gov.ie/wp-content/uploads/2014/03/Report-of-The-Commission-on-Assisted-Human-Reproduction.pdf>>. Última consulta: 08/09/2016. Pág. 48. Y LAMM, E., *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada...*, cit., pág. 28.

¹⁹⁷ Como en el caso de TIAGO DUARTE, que considera que, en los casos en que la gestante aporta, no solo la gestación, sino también su propio óvulo para la fecundación, la condición jurídica de madre con respecto a dicha mujer se torna obvia, salvo que la Ley, excepcionalmente, disponga lo contrario otorgando validez jurídica a los contratos de gestación por sustitución y atribuyendo la maternidad del nacido a favor de quien no es ni la madre genética y ni la uterina. En DUARTE, T., *In Vitro Veritas?...*, cit., pág. 86-87.

¹⁹⁸ En QUIÑONES ESCÁMEZ, A., “Doble filiación paterna...”, cit.; SAEZ-SANTURTUN PRIETO, M.A., “La maternidad subrogada; estado actual de la cuestión a raíz de la STS de 6 de febrero de 2014”. *Diario La Ley*, núm. 8293 (Sección Tribuna). La Ley. Madrid, 2014. Pág. 1-99; STOREY, G.P., “Ethical Problems Surrounding...”, cit., disponible en: <<http://www.yale.org/ynhti/curriculum/units/2000/7/00.07.05.x.html>>. Última consulta: 12/09/2016; VALDÉS DÍAZ, C.C., “La maternidad subrogada y...”, cit., pág. 459-482; o VELA SÁNCHEZ, A.J., “De nuevo sobre la regulación de la maternidad subrogada en España”. *Diario La Ley*, núm. 7815 (Sección Doctrina). La Ley. Madrid, 2012; entre muchísimos otros.

¹⁹⁹ Pese a que algunos ordenamientos jurídicos, como el del Reino Unido, permiten a la gestante cambiar de idea y quedarse con el menor si así lo decide durante el periodo de reflexión que le concede la Ley, como veremos.

derechos y obligaciones de maternidad a los comitentes, o incluso de venta de hijos o trata de seres humanos en caso de que además reciba una contraprestación económica a cambio de la entrega²⁰⁰.

Dicha consideración, unida a la atribución de la maternidad legal a favor de la mujer que da a luz en determinados ordenamientos jurídicos, como sucede en España²⁰¹, supondrá un mayor grado de dilemas éticos y morales en relación con la posterior entrega del niño a los comitentes y más si media contraprestación económica, por lo que a efectos de evitar conflictos, la tendencia en el Derecho comparado se dirige hacia la prohibición de esta variante “tradicional”, para hacer más sencilla la posterior entrega del niño por la gestante al no estar relacionada genéticamente con el mismo²⁰².

En cuanto a la gestación por sustitución propiamente dicha o *per se*, también conocida doctrinalmente como subrogación “gestacional”, se caracteriza por el hecho de que la gestante aporta tan sólo la gestación, pero no sus óvulos, los cuales podrán proceder de la madre intencional, si la hubiera y además pudiera aportarlos, o bien de una donante²⁰³. Por tanto, para alcanzar el embarazo en esta variante de subrogación, necesariamente se tendrá que recurrir a la fecundación *in vitro* (FIV), generando el embrión en un laboratorio fuera del cuerpo humano mediante la fecundación de los ovocitos con los gametos masculinos que procederán del padre intencional o de un donante, y posteriormente implantarlo posteriormente en el útero de la mujer que llevará a cabo la gestación²⁰⁴, no planteando tantos dilemas éticos ni morales esta técnica, dado que en este supuesto dicha mujer se limitará a llevar el embarazo a término y a entregar al niño a los padres intencionales tras

²⁰⁰ BRENA SESMA, I.: *¿Autonomía en la maternidad subrogada? V Congreso Latinoamericano y I Congreso Centroamericano “Salud y derechos sexuales y reproductivos”*. Ciudad de Guatemala, 2010. Disponible en: <<http://colegiodebioetica.org.mx/wp/wp-content/uploads/2011/12/ingrid-brena.pdf>>. Última consulta: 24/10/2016. O ALARCÓN ROJAS, F., “El negocio jurídico de la maternidad...”, cit., pág. 125.

²⁰¹ Art. 10.2 LTRHA.

²⁰² LAMM, E., “Gestación por sustitución. Realidad y...”, cit., pág. 38.

²⁰³ LAMM, E., *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada...*, cit., pág. 28.

²⁰⁴ El punto de partida de esta técnica, así como el de la donación de óvulos y de la embriodonación, fue el descubrimiento de la posibilidad de transferencia de embriones genéticamente ajenos sin que se produjera rechazo por el cuerpo de la gestante. FERRER VANRELL, M.P. “Artículo 10. Gestación por sustitución...”, cit., pág. 159.

dar a luz, careciendo de cualquier tipo de vinculación a nivel genético con el niño.

Dentro de esta modalidad caben diversas posibilidades²⁰⁵: a) que ambos progenitores intencionales aporten su material genético, por lo que se precisaría que se tratase de una pareja heterosexual que puedan producir sus propios gametos; b) que sea la madre intencional quien aporte el ovocito y se recurra a un donante de esperma; c) que el comitente aporte su propio espermio que se empleará para fecundar el óvulo proporcionado por una donante²⁰⁶; d) que en caso de que ninguno de los comitentes pueda aportar su propio material genético se recurra a donantes tanto de gametos masculinos como femeninos, careciendo el nacido en este supuesto de cualquier tipo de conexión genética con los comitentes; o, incluso, e) que se recurra a la embriodonación²⁰⁷, es decir, el procedimiento por el que se transfieren al útero de la gestante embriones sobrantes que presenten una calidad óptima, donados de manera anónima por otras parejas que, tras haber seguido un ciclo de fecundación *in vitro*, ya han conseguido el embarazo.

Por lo que, tal y como se ha indicado, los gametos empleados para la fecundación podrán proceder de ambos progenitores intencionales, de uno solo o de ninguno²⁰⁸, por lo que el nacido podrá tener o no conexión genética con los comitentes. No obstante, que ambos progenitores pudiesen aportar su propio material genético para la fecundación, dotaría de una mayor legitimidad

²⁰⁵ ROSENBERG, M.B., "Critical Legal Considerations for All Parties to Surrogacy Arrangements", *Family Advocate*, Vol. 34, Núm. 2. American Bar Association. Chicago, 2011. Pág. 23.

²⁰⁶ Los casos en que se recurre a la donación de ovocitos pueden ser más complejos para la situación jurídica del menor. Parte de la doctrina denomina a estos supuestos "maternidad fragmentada", dado que nos encontramos ante una mujer que proporciona el ovocito, otra que lo gesta y una tercera que es quién desea convertirse en la madre del niño, pudiéndose llegar a hablar de la existencia de tres posibles "madres": una genética, otra gestante y otra intencional, que es la persona que inició el proceso. BRENA SESMA, I.: "La gestación subrogada...", cit., pág. 140.

²⁰⁷ El art. 11.4.) LTRHA permite la donación de preembriones crioconservados con fines reproductivos. Dichos embriones deberán haber sido crioconservados en bancos autorizados para esta función. En "embriodonación". Disponible en: <<http://urh.es/es/tratamientos/donacion-de-embriones/>>. Última consulta: 25/10/2016.

²⁰⁸ PERMANENT BUREAU (HCCH), "A preliminary report on the issues arising from international surrogacy arrangements". Hague Conference on Private International Law. The Hague, 2012. Pág. i.

a la figura que nos ocupa, pero ello no siempre es posible, siendo aconsejable a efectos de la determinación legal de la filiación del menor que, al menos uno de los progenitores, haya aportado sus gametos²⁰⁹.

A dichos efectos, VELA SÁNCHEZ considera que no debería exigirse necesariamente que alguno o ambos de los progenitores intencionales aporten su material reproductor, lo cual debería constituir una opción y no una obligación por diversos motivos razonables, tanto del orden físico como personal, ya que puede suceder que, tratándose de una pareja, uno de sus miembros pueda y quiera proporcionar su material genético, pero el otro no, y que no deseen que tan sólo aquél tenga vinculación genética con el niño, por lo que recurran a la donación de gametos tanto masculinos como femeninos, lo cual es plenamente legítimo y razonable²¹⁰.

La tendencia tanto en la práctica²¹¹, como en Derecho comparado, se dirige hacia la prohibición de la modalidad tradicional y abogar por la gestacional²¹², puesto que las controversias derivadas de esta última variante son mucho menos frecuentes²¹³, siendo más probable que una gestante que

²⁰⁹ O bien, el padre o madre intencional únicos, en los supuestos en una persona de modo individual desea convertirse en padre o madre intencional.

²¹⁰ VELA SÁNCHEZ, A.J., "Comentario a la iniciativa legislativa popular para la regulación de la gestación por subrogación en España". *Diario La Ley*, núm. 8457 (Sección Doctrina). La Ley. Madrid, 2015. Pág. 4.

²¹¹ En EEUU donde en diversos Estados es posible recurrir a la modalidad tradicional, las parejas tienden a evitar que la gestante aporte sus propios óvulos, estimándose que en el año 2011 en torno al 95% de los procesos de subrogación llevados a cabo en dicho país (en que hubiera intervenido algún profesional jurídico) fueron del tipo gestacional. HINSON, D.S. y MC BRIEN, M., "Surrogacy across America: both the Law and the Practice", *Family Advocate*, Vol. 34, Núm. 2. American Bar Association. Chicago, 2011. Pág. 33.

²¹² Como sucede, entre otros, en Rusia, donde el art. 55.10 de la Ley federal sobre los Fundamentos de la Protección de la Salud de los Ciudadanos de 2011 admite la gestación por sustitución como un posible tratamiento médico contra la infertilidad, pero prohíbe expresamente que la gestante sea quien aporte sus propios ovocitos para la fecundación; en Tailandia, donde la Ley de Protección de los Niños nacidos a partir de Técnicas de Reproducción Asistida (ART) de 2016 tampoco acepta la gestación por sustitución tradicional; o Israel, donde el Acta 5756, sobre Acuerdos de Llevanza de Fetos de 1996 permite el acceso a la gestación por sustitución siempre que se practique bajo la modalidad gestacional. Uno de los pocos textos legales que permite la variante tradicional es el Acta 38 de 2005 sobre los Niños de la República Sudafricana, pero el recurso a esta modalidad puede acarrear múltiples problemas legales dado que, en este supuesto, la gestante podrá cambiar de idea y dar por terminado el acuerdo de gestación unilateralmente para quedarse con el niño, en cualquier momento antes de transcurridos 60 días tras el parto, como veremos.

²¹³ Siendo habituales las noticias de prensa en que se hace referencia a supuestos de subrogación "tradicional" en que las gestantes deciden quedarse a los niños para sí. Véase, por ejemplo, HANSEN, M., "As Surrogacy Becomes More Popular, Legal Problems Proliferate",

haya aportado su propio óvulo y tenga plena vinculación genética con el niño cambie de idea reclamándolo para sí, como sucedió en el famoso caso de *Baby M*²¹⁴.

Por lo que respecta a los orígenes de ambas modalidades, pese a que la gestación por sustitución parece asociarse necesariamente a los avances tecnológicos en el campo de la reproducción asistida, parte de la doctrina²¹⁵ considera que la modalidad “tradicional” se remonta a miles de años atrás, pudiendo encontrar precedentes que guardan cierta analogía con dicha figura²¹⁶. Así, cuando en los primitivos pueblos patriarcales y poligámicos en que resultaba imprescindible contar con hijos para el pastoreo, la defensa y la guerra²¹⁷, los matrimonios en que la esposa adoleciera de esterilidad podían optar por que el marido mantuviese relaciones con una mujer ajena a la pareja, que entregaría al niño una vez nacido para que los comitentes lo criarían como propio pero manteniendo en secreto su procedencia real²¹⁸. En dicho sentido, se encuentran referencias a dicha práctica en el Código sumerio de Lipit-Ishtar²¹⁹, de alrededor del año 1860 a.C.²²⁰, y en el Código babilonio de Hammurabi, del año 1762 a.C., donde la maternidad subrogada permitía a las mujeres estériles regularizar su situación en un contexto en que los hijos otorgaban a la mujer su estatus social, y la imposibilidad de tenerlos se identificaba como un signo aparente de desaprobación divina que llevaba a

ABA *Journal*, 2011. Disponible en: http://www.abajournal.com/magazine/article/as_surrogacy_becomes_more_popular_legal_problems_proliferate/, última consulta: 09/11/2016.

²¹⁴ En el que la gestante “tradicional”, Mary Beth Whitehead, se echó atrás en su promesa de ceder sus derechos parentales a favor de una pareja residente en el Estado de New Jersey, como veremos.

²¹⁵ Véase, por ejemplo, PERMANENT BUREAU (HCCH), “A preliminary report on...”, cit., pág. 5. SLABBERT, M. y ROODT, C., “20. South Africa”, en TRIMMINGS, K. y BEAUMONT, P. (Coord.), *International Surrogacy Arrangements. Legal Regulation at the International Level*. Hart publishing, Oxford and Portland (Oregon), 2013. Pág. 294. O KHAZOVA, O., “19. Russia...”, cit., pág. 290.

²¹⁶ MARTÍNEZ-PEREDA RODRIGUEZ, J.M. y MASSIGOGE BENEIGU, J.M., *La maternidad portadora...*, cit., pág.25.

²¹⁷ *Ibíd.*, pág. 25.

²¹⁸ CATTO, M.X., “La gestation pour autrui: d’un problème d’ordre public au conflit d’intérêts?”, *La Revue des droits de l’homme* (on-line), núm. 3, 2013. Disponible en: <http://revdh.revues.org/201>. Última consulta: 15/07/2016.

²¹⁹ WALTON, J.H. et al., *The IVP Bible Background Commentary: Old Testament*, IVP Academics. Illinois (EEUU), 2000. Pág. 62.

²²⁰ DRAPKIN, I., “Los “Códigos” pre-hamurábicos”. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. 35, Núm. 2. Ministerio de Justicia, 1982. Pág. 340.

humillaciones y burlas, pudiendo llegar a ser marginadas y apartadas de la sociedad en caso de no ser capaces de engendrar por sí mismas²²¹. En Mesopotamia, para evitar la separación de los cónyuges en caso de esterilidad de la esposa, se permitía a ésta ofrecer una esclava a su esposo para que, mediante la cópula de ambos, gestara al hijo que posteriormente se convertiría en el heredero legítimo del matrimonio²²². También encontramos referencias a esta figura en el Antiguo Testamento de la Biblia²²³, donde se menciona que, ante la esterilidad de Sarah (Génesis 16 1-4), única esposa de Abraham, ésta le ofreció a su esclava personal con la intención de hacer suyo al hijo ilegítimo nacido de la cópula de ambos²²⁴. La misma situación se describe ante la esterilidad de Raquel (Génesis 30 1-6), que hizo suyo al hijo concebido por su esposo Jacob con su criada²²⁵, pese a que en este caso no había necesidad para ello, dado que Jacob contaba con otras mujeres que no eran estériles²²⁶.

Pero la aparición de las nuevas técnicas médicas de reproducción asistida, cambiaron el planteamiento original de la cuestión al permitir disociar por completo la sexualidad de la reproducción²²⁷ y permitir sustituir un acto sexual adúltero²²⁸ por una intervención médica, convirtiendo la figura de la subrogación en legítima y posible gracias a las nuevas posibilidades médicas.

El primer convenio del que se tiene constancia sobre gestación por

²²¹ NIDITCH, S., "Genesis" en NEWSOM, C.A. et al. (Coord.), *Women's Bible Commentary*, 3rd. Edition. Westminster John Knox Press. Louisville-Kentucky, 2012. Pág. 32; y ZUCKER, D.J., "What Sarah saw: envisioning Genesis 21:9-10", *Jewish Bible Quarterly*, Vol. 36, Núm. 1, 2008. Pág. 55.

²²² FENTON-GLYNN, C., "Review article: Human Rights and...", cit., pág. 157.

²²³ JAMES, E., "Sarah, Hagar, and their interpreters", en NEWSOM, C.A. et al. (Coord.), *Women's Bible Commentary*, 3rd. Edition. Westminster John Knox Press. Louisville-Kentucky, 2012. Pág. 51.

²²⁴ Génesis 16-21. Posteriormente, Sarah fue capaz de tener su propio hijo y expulsó a su esclava personal Hagar y al hijo de ésta, al que la esclava no había renunciado. STOREY, G.P., "Ethical Problems Surrounding...", cit., disponible en: <<http://www.yale.org/ynhti/curriculum/units/2000/7/00.07.05.x.html>>. Última consulta: 12/09/2016.

²²⁵ Manifestando Raquel tras dar a luz la esclava al hijo de su esposo: "Dios me ha hecho justicia, pues ha oído mi voz y me ha dado un hijo".

²²⁶ MARTÍNEZ-PEREDA RODRIGUEZ, J.M. y MASSIGOGUE BENEIGU, J.M., *La maternidad portadora...*, cit., pág. 26.

²²⁷ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., *Diagnóstico sobre el Derecho de familia*, Ediciones Rialp. Madrid, 1996. Pág. 19.

²²⁸ Según el Real Diccionario de la Lengua Española, el adulterio implica una relación sexual voluntaria entre una persona casada y otra que no sea su cónyuge. Disponible en: <<http://dle.rae.es/?id=0rdvn7W>>. Última consulta: 14/09/2016.

sustitución, es el que se llevó a cabo en el Estado de Michigan (EEUU) en 1976, bajo la supervisión del abogado Noel Keane²²⁹. Tanto en el mismo como en los restantes convenios iniciales de subrogación, se recurrió a la variante “tradicional” de esta técnica, en la que se emplea la inseminación artificial para fecundar artificialmente los ovocitos de la propia gestante, ya que todavía no se habían desarrollado suficientemente las restantes técnicas de reproducción asistida.

Pero tras el nacimiento en 1978 en Reino Unido de la primera “niña probeta”, se abrió la posibilidad de recurrir a la subrogación “gestacional”. El primer caso documentado de esta variante se remonta al año 1984, en el que los óvulos de una mujer que había sido sometida a una histerectomía y carecía, por tanto, de útero, tras ser fecundados *in vitro* fueron transferidos al útero de una gestante que no tenía ningún tipo de vinculación genética con el niño que dio a luz²³⁰.

Dicho hito a nivel científico en materia de medicina reproductiva y tratamiento de la infertilidad, permitió que mujeres incapaces de llevar un embarazo a término por sí mismas, fueran capaces de tener hijos genéticamente propios con la ayuda de otra mujer que gestase por ellas, lo que ocasionó un gran incremento de los casos de subrogación²³¹.

3.2. Desde el punto de vista económico.

Desde una perspectiva económica, los contratos de gestación subrogada pueden ser gratuitos u onerosos.

En cuanto a los acuerdos de naturaleza gratuita, son aquellos en los que la gestante actúa con finalidad completamente altruista, sin obtener ningún tipo de beneficio económico por su labor de gestación y posterior entrega del niño

²²⁹ JONSEN, A.R. et al., *Source Book in Bioethics*. Georgetown University Press. Washington D.C., 1998. Pág. 338.

²³⁰ UTIAN, W.H. et al., “Successful Pregnancy after *in Vitro* Fertilisation and Embryo Transfer from an Infertile Woman to a Surrogate”, *New England Journal of Medicine*, Núm. 313 (21). Boston, 1985. Pág. 1351-1352.

²³¹ LAMM, E., *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada...*, cit., pág. 20 -22.

tras el parto, por mediar algún tipo de lazo afectivo, de amistad o de parentesco con los padres intencionales²³². En esta modalidad sí cabe, no obstante, la posibilidad de abonar a la gestante los gastos necesarios en que hubiera podido incurrir derivados del proceso de gestación, parto y puerperio, como podrían ser honorarios médicos, farmacéuticos, de asesoramiento jurídico, de vestido, alimentación o ropa, entre otros, los cuales deberán estar expresamente permitidos y concretados en el ordenamiento jurídico de que se trate.

Como es lógico, en muchos supuestos puede ser dudosa y de difícil control la verdadera naturaleza gratuita del acuerdo. Los grandes desequilibrios sociales o económicos que pueden existir entre las partes, una posible existencia de explotación de las gestantes, la concurrencia o no de un verdadero acuerdo informado, así como la posibilidad de efectuar pagos en la sombra o “por debajo de la mesa”, pueden escapar fácilmente del control tanto del legislador como de los Tribunales, que suelen preocuparse más por los aspectos burocráticos del proceso, que de la verdadera existencia de un acuerdo de carácter altruista²³³.

Y en cuanto a los acuerdos de gestación por sustitución onerosos, en su clausulado estará prevista a favor de la gestante algún tipo de contraprestación cuantificable económicamente, ya sea en dinero como en especie, que percibirá por parte de los padres intencionales a cambio de llevar a cabo la gestación, parto y posterior entrega del niño. En caso de que fuese la gestante quien, además, aportara sus propios ovocitos para el proceso, se podrá prever en el contrato el pago de la cantidad correspondiente por la donación de dichos gametos.

Por lo que respecta a los orígenes de cada una de dichas modalidades, el primer contrato formal de gestación por sustitución altruista del que se tiene constancia es el mencionado acuerdo formalizado en 1976 por el abogado Noel

²³² MARTÍNEZ, L., “Maternidad subrogada: una mirada a su regulación en México”. *Dikaion*, vol. 24, núm. 2. Chía (Colombia), 2015. Pág. 361.

²³³ NEOFYTOU, A., “6.5. Greece”, en BRUNET, L. (Dir.), *A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States*. European Parliament, European Union, 2013. Pág. 283.

Keane en Michigan (EEUU) y suscrito entre unos padres intencionales heterosexuales y una gestante que aportó su propio óvulo, sin exigir ninguna contraprestación económica a cambio de su labor²³⁴.

No obstante, previamente a dicho momento, en 1975 se publicó en Estados Unidos un anuncio de la prensa en que una pareja estéril solicitaba los servicios de una mujer para ser inseminada artificialmente a cambio de remuneración, anuncio que fue seguido de múltiples ofrecimientos por la misma vía, tanto de mujeres que se prestaban a llevar a cabo la gestación por cuenta de otros, como de personas deseosas de acceder a la paternidad a través de dicho medio, siendo muy superior la demanda frente a la oferta, por lo que empezaron a crearse agencias de mediación en la materia, entre las que destacó “*Surrogate Parenting Associates*”, con oficinas en California, Maryland, Arizona, así como una filial en Reino Unido²³⁵.

El primer acuerdo de gestación por sustitución de carácter comercial del que se tiene constancia es el caso conocido como “*Baby M*”, que además supuso la visibilidad pública de dicha figura debido a los conflictos que del mismo se desprendieron²³⁶, suscrito en 1984 en Illinois, por el matrimonio Stern y Mary Beth Whitehead. En dicho acuerdo Mary Beth Whitehead, ante la imposibilidad natural de gestar de la señora Stern, se comprometió a cambio de una suma de 10.000 dólares a llevar a término el embarazo de una niña fecundada mediante inseminación artificial con el esperma de William Stern y un ovocito de la propia gestante. Una vez nacida la niña, la señora Whitehead se mostró reacia a entregar al bebé a la familia Stern, por lo que se inició una batalla legal que concluyó mediante la concesión de la custodia del bebé al padre, negando incluso los derechos de visita a la madre biológica, todo ello en base a los términos del convenio, puesto que tal y como estimó el juez Sorkowi “así como los hombres tienen el derecho constitucional de vender su esperma,

²³⁴ JONSEN, A.R. et al., *Source Book in...*, cit., pág. 338.

²³⁵ MARTÍNEZ-PEREDA RODRIGUEZ, J.M. y MASSIGOGUE BENEGIU, J.M., *La maternidad portadora...*, cit., pág. 26.

²³⁶ LAMM, E., *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada...*, cit., pág. 21.

las mujeres pueden decidir qué hacer con su útero”²³⁷.

Sin embargo, es necesario regular y controlar la legalidad de las contraprestaciones económicas que pueden mediar en el proceso, ya que un uso descontrolado de las mismas puede llevar a abusos, explotación o incluso tráfico de mujeres gestantes que sean vulnerables económica o socialmente²³⁸.

Así lo establece el “Informe sobre el concepto de ‘explotación’ en el Protocolo de las Naciones Unidas contra la trata de personas²³⁹”, emitido por la Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito en el año 2015, que con respecto a la subrogación comercial, determina que puede implicar el tráfico de mujeres, principalmente para gestar, pero también con la finalidad de extraerles los ovocitos, por lo que es un tema que debería abordarse por todos los Estados²⁴⁰.

Asimismo, directamente relacionada con la gestación por sustitución comercial, también podría tener cabida la sustracción, venta o tráfico de niños como otra forma de explotación, tal y como menciona la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso J. y otros contra Austria²⁴¹, de 17 de enero de 2017. Según dicha sentencia, el hecho de obligar a mujeres a quedarse embarazadas o a ser gestantes en procesos de subrogación, o llevar a cabo en una persona conductas ilícitas relacionadas con la biomedicina, entre otros²⁴², se hallan incluidos entre los supuestos de esclavitud y trabajo forzado.

²³⁷ BASTERRA, F.G., “El juez niega la custodia de “Baby M” a su madre biológica”. *El País*. 1987. Disponible en: <http://elpais.com/diario/1987/04/01/sociedad/544226406_850215.html>. Última consulta: 10/11/2016.

²³⁸ PETERSEN, K., “Cross Border Commercial Surrogacy: a Global Patchwork of Inconsistency and Confusion”, en FREEMAN, M. et al., *Law and Global Health. Current Legal Issues*. Vol. 16. Oxford University Press. Oxford (UK), 2014. Pág. 209.

²³⁹ “Protocol to prevent, suppress and punish trafficking in persons, especially women and children, supplementing the United Nations convention against transnational organized crime”, más conocido como “Trafficking in persons protocol”, adoptado por las Naciones Unidas en Palermo (Italia), en el año 2000.

²⁴⁰ “Issue Paper “The concept of ‘exploitation’ in the trafficking in persons protocol”. United Nations Office on Drug and Crime, 2015. Pág. 112.

²⁴¹ *Case of J. and others v. Austria (Application no. 58216/12), 17 January 2017. European Court of Human Rights (Fourth Section)*.

²⁴² Además de otras actividades que también se consideran esclavitud o trabajo forzado, como obligar a alguien a ejercer la prostitución, la mendicidad o actividades criminales, el uso forzado de personas en conflictos armados o en rituales o ceremonias.

3.3. En base al momento de atribución legal de la paternidad a favor de los comitentes.

En los países en que es legal recurrir a la gestación por sustitución, dependiendo del momento en que se materializa la filiación a favor de los padres de intención, es necesario distinguir entre aquellos en los que la paternidad se atribuye con efectos *ex-ante*²⁴³, es decir, se considerará a los comitentes padres del niño desde el mismo momento del nacimiento, como sucede en California, Grecia o Sudáfrica, entre otros, frente a aquellos países en que los efectos de atribución de la filiación se producirán *ex-post facto*²⁴⁴, como sucede en Reino Unido, la provincia de Ontario en Canadá o Israel, donde hasta transcurrido un periodo determinado tras el parto, la gestante no podrá renunciar a sus derechos paterno-filiales con respecto al nacido, como veremos.

En los países en que los efectos se producen *ex-ante*, se regula un proceso de “pre-aprobación”²⁴⁵ del acuerdo de gestación subrogada ante el organismo correspondiente, ya sea un juez, Tribunal o Comité, que permitirá que los padres de intención figuren directamente en el certificado de nacimiento del recién nacido como padres legales del mismo a todos los efectos.

Mientras que en los países con efectos *ex-post facto*, los comitentes necesariamente deberán esperar durante el periodo legalmente establecido²⁴⁶, posterior al alumbramiento del niño²⁴⁷, para poder iniciar los trámites de obtención de la correspondiente orden parental expedida por los Tribunales, que determinará la filiación del niño a su favor de los padres, en caso de que si

²⁴³ BRUNET, L. (Dir.), *A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States*. European Parliament, European Union, 2013. Pág. 137-149.

²⁴⁴ LAMM, E., “Gestación por sustitución. Realidad y...”, cit., pág. 12-17.

²⁴⁵ *Ibid.*, pág. 13.

²⁴⁶ Como en Reino Unido, donde la solicitud de la orden parental se debe efectuar entre las seis semanas posteriores al nacimiento del niño, y antes de transcurrido el plazo preclusivo de seis meses tras el mismo, como veremos.

²⁴⁷ En Israel los comitentes deberán iniciar el procedimiento dirigido a la obtención de la orden parental, antes de transcurridos siete días desde el nacimiento del menor. En caso de que no iniciasen el proceso judicial por sí, el agente de bienestar social lo iniciará de oficio. En SHAKARGY, S., “14. Israel”, en TRIMMINGS, K. y BEAUMONT, P. (Coord.), *International Surrogacy Arrangements. Legal Regulation at the International Level*. Hart publishing, Oxford and Portland (Oregon), 2013. Pág. 210-215.

no se hubiera producido oposición por parte de la gestante²⁴⁸, a la que la legislación británica reconoce el derecho a cambiar de opinión y quedarse con el bebé si así lo estima oportuno²⁴⁹.

3.4. Desde la perspectiva de la territorialidad del acuerdo.

Desde un punto de vista territorial, existen diferencias normativas entre aquellos supuestos de gestación por sustitución que tienen lugar dentro de las fronteras de un único país, frente a aquellos otros supuestos en que sus ciudadanos acuden al extranjero para contratar los servicios de una gestante y volver después al país de origen con el niño nacido, tratando que el mismo obtenga la nacionalidad y residencia, así como los padres intencionales la filiación del menor y prestaciones sociales derivadas de la paternidad.

Si la gestación se produce dentro de las fronteras internas, hablaremos de acuerdos de gestación por sustitución nacionales o internos, que serían aquellos en los que la suscripción del convenio se realiza en el mismo país en que los padres intencionales y la gestante tienen su residencia habitual, sin concurrir elemento de extranjería y siendo aplicable únicamente el *ius fori* por no existir conflicto de leyes. Tanto los efectos jurídicos como la competencia judicial en caso de controversia, se resolverán en base a la legislación nacional interna del Estado de que se trate²⁵⁰, que es la que determinará la licitud o ilicitud del acuerdo, así como su alcance, efectividad y sanciones aplicables, en su caso.

Mientras que si la gestación se produce en el extranjero, nos encontraremos ante un acuerdo de gestación por sustitución transnacional, transfronterizo²⁵¹ o internacional, que despliegan sus efectos más allá de las fronteras de un único Estado y siendo de aplicación las normas de Derecho internacional privado correspondientes que, en la mayoría de los países como

²⁴⁸ BRUNET, L. (Dir.), *A comparative study on...*, cit., pág. 149-155.

²⁴⁹ El art. 54(7) HFEA concede a la gestante un periodo de reflexión de seis semanas que le permite cambiar de idea y quedarse con el bebé, si así lo considera oportuno. Es el llamado "change of heart".

²⁵⁰ BRUNET, L. (Dir.), *A comparative study on...*, cit., pág. 37.

²⁵¹ BRUNET, L. (Dir.), *El régimen de subrogación...*, cit., pág. 8.

veremos, permiten la inscripción del menor si se han cumplido los requisitos legales establecidos en el país extranjero, apelando al interés superior del niño y en base a las normas sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras.

Son aquellos en los que los elementos personales del contrato, es decir, los padres intencionales, la gestante y/o los donantes de gametos, residen en distintos países, por lo que habrá que establecer el punto de conexión para determinar las consecuencias y efectos jurídicos del contrato, la legislación aplicable al mismo y la competencia jurisdiccional en caso de controversia. No se precisa estrictamente la residencia habitual de las partes en distintos Estados, sino que bastará con la mera presencia de la gestante en uno distinto al de su residencia habitual a efectos de lograr la permisividad o licitud del acuerdo de subrogación²⁵². También podrá contribuir la existencia de intermediarios a la dimensión transfronteriza del acuerdo.

Partimos de una gran variedad y diversidad de regulaciones nacionales en la materia, junto con la ausencia de un marco regulador de carácter internacional que garantice el interés superior del menor, la libertad de la gestante y los derechos de los padres intencionales, lo que genera una notable inseguridad jurídica para todas las partes.

Pese a no existir estadísticas oficiales en la materia y ser complicado, por tanto, determinar el número real de acuerdos suscritos en todo el mundo, de la información proporcionada por cinco grandes agencias especialistas en subrogación internacional²⁵³, entre los años 2006 y 2010 se desprende un increíble aumento del 1.000% en la cifra de convenios firmados, por lo que es indudable que la gestación por sustitución es un fenómeno de alcance global, una práctica existente y mucho más frecuente de lo generalmente conocido.

²⁵² PERMANENT BUREAU (HCCH), "A preliminary report on...", cit., pág. i.

²⁵³ Se hace referencia en el Informe Preliminar a la Conferencia de Derecho internacional privado de la Haya, de 10 de marzo de 2012, a la información proporcionada por cinco agencias especializadas en subrogación internacional establecidas en los Estados Unidos, India y Reino Unido, a las que han acudido padres intencionales procedentes de los cinco continentes del mundo, pero dirigidos principalmente a países de Europa del Este, Asia y Norte América. En PERMANENT BUREAU (HCCH), "A preliminary report on...", cit., pág. 8.

Las regulaciones prohibitivas o restrictivas de muchos países no impide que la gestación por sustitución se siga practicando, pero lleva a que los nacionales de dichos países crucen sus fronteras buscando lugares que dispongan de regulaciones jurídicas claras y garantistas de la figura, pero pudiéndola convertir en una práctica elitista que suponga algunos riesgos adicionales a los que, de suyo, conlleva²⁵⁴, ya que tan sólo las personas que puedan permitírsele recurrirán a ella y se podrá producir una mayor asimetría entre los padres intencionales y la gestantes en situación desfavorecida, junto con un marco legal de los países en desarrollo que tiende a favorecer a quien contrata el servicio, disparando con ello los riesgos tanto para dichas gestantes como para el niño²⁵⁵.

El espectacular aumento de los supuestos de subrogación internacional ha sido posible gracias a los múltiples avances en las comunicaciones, tecnologías y transporte internacional, que hace sencillo y económico desplazarse de un país a otro. Pero dicho aumento, también ha venido acompañado de numerosos conflictos, que en un primer momento suelen radicar en la determinación de la filiación legal del niño y la atribución de la nacionalidad, para que los padres intencionales puedan abandonar el país en que ha nacido el niño y llevarlo consigo a su país de origen en el que residirán en compañía del mismo.

También suelen ser frecuentes los problemas para abandonar los países en que se ha llevado a cabo el proceso de gestación y nacimiento²⁵⁶ e, incluso, problemas generados para lograr la inscripción en el Registro Civil o lograr la atribución de la filiación del menor nacido a favor de los comitentes en los

²⁵⁴ ATIENZA, M., "Sobre la nueva Ley de...", cit., pág. 7.

²⁵⁵ BELLVER CAPELLA, V., "¿Nuevas tecnologías?...?", cit., pág. 34.

²⁵⁶ Véase, por ejemplo, las siguientes noticias: "Boy stuck 2 years in Ukraine arrives in Belgium". *NBC News*, 2011. Disponible en: <http://www.msnbc.msn.com/id/41800437/ns/world_news-wonderful_world/t/boy-stuck-yearsukraine-arrives-belgium/>; "Ukraine Surrogacy Boom Not Risk-Free". *Radio Free Europe. Radio Liberty*, 2011. Disponible en: <http://www.rferl.org/content/womb_for_hire_ukraine_surrogacy_boom_is_not_risk_free/24215336.html>; "Cayetana, una bebé hija de españoles, pero apátrida en la India". *El Mundo*, 2012. Disponible en: <<http://www.elmundo.es/elmundo/2012/06/30/espana/1341042729.html>>. O "Atrapada en Rusia. La pesadilla continua para María Teresa". *El Mundo*, 2016. Disponible en: <<http://www.elmundo.es/baleares/2016/03/27/56f7b40fca4741e3618b462b.html>>, entre muchísimas otras. Últimas consultas: 20/09/2016.

países de destino, pese a haber logrado llegar a los mismos en compañía del nacido, pudiendo llegar a encontrarse los menores en “situación de abandono, sin nacionalidad y sin padres”, como sucedió en el caso británico *Re X & Y (foreign surrogacy)*²⁵⁷, en que, finalmente, los Tribunales atribuyeron la filiación legal a favor de los padres intencionales, de dos gemelos nacidos mediante un acuerdo de gestación por sustitución comercial en Ucrania, pese a estar prohibido el carácter oneroso del contrato, al considerar que el interés superior del menor se encuentra por encima del orden público y la ilegalidad de los pagos efectuados conforme al ordenamiento jurídico británico²⁵⁸.

También pueden generarse conflictos derivados de los términos contractuales del acuerdo de subrogación, ya sea porque los padres intencionales no quieran cumplir con sus obligaciones relativas a hacerse cargo del menor una vez nacido²⁵⁹, quieran que la gestante aborte por indicaciones médicas y aquella se niegue²⁶⁰, no quieran abonar las sumas a las que pudieran haberse comprometido con la gestante, ésta reclamase más dinero para proceder a la entrega del niño, o incluso cambiase de opinión y decidiese quedarse con el mismo²⁶¹, o fuese objeto de explotación debido a su especial

²⁵⁷ *Re X & Y (foreign surrogacy)* [2008] EWHC 3030 (Fam). Disponible en: <<http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Fam/2008/3030.html>>. Última consulta: 05/09/2016.

²⁵⁸ GAMBLE, N. y GHEVAERT, L., “International surrogacy: payments...”, cit., pág. 504-507.

²⁵⁹ Como sucedió en el caso de *Baby Manji*, una niña que nació tras el divorcio de sus padres intencionales y de la que la comitente no quería hacerse cargo. En “Baby Manji’s case throws up need for law on surrogacy”. *The Times of India*, 2008. Disponible en: <<http://timesofindia.indiatimes.com/india/Baby-Manjis-case-throws-up-need-for-law-on-surrogacy/articleshow/3400842.cms>>. Última consulta: 20/09/2016. O el de *Baby Gammy*, un niño al que sus padres intencionales australianos se negaron a llevar consigo por haber nacido con síndrome de Down, pero sí se hicieron cargo de la hermana gemela del mismo que nació sana. En MARKS, K., “Baby Gammy: Australian father who abandoned Down syndrome surrogate child now tries to access funds donated for his care”, *Independent*, 2015. Disponible en: <<http://www.independent.co.uk/news/world/australasia/baby-gammy-australian-father-who-abandoned-down-syndrome-surrogate-child-now-tries-to-access-funds-10261916.html>>. Última consulta: 31/08/2016.

²⁶⁰ Como en un caso sucedido en Canadá en dicho sentido, en que los padres intencionales querían que la gestante abortase, al haber detectado en el bebé la presencia de trisomía del cromosoma 21, a lo que la mujer se negaba. Ver más en “Couple request surrogate mum to abort over disability”. *Bionews*, 2010. Disponible en: <http://www.bionews.org.uk/page_71982.asp>. Última consulta: 20/09/2016.

²⁶¹ “Gay parents fight for custody with surrogate in Thailand”. *Daily Telegraph*, 2016. Disponible en: <<http://www.telegraph.co.uk/news/2016/03/23/gay-parents-fight-for-custody-with-surrogate-in-thailand>>. Última consulta: 20/09/2016.

vulnerabilidad²⁶², pudiendo llegar a encontrarnos con situaciones de tráfico de mujeres o de niños²⁶³. También podemos encontrarnos ante problemas derivados de acuerdos suscritos entre los padres intencionales y la gestante de modo individual, sin el apoyo de profesionales cualificados que hayan mediado en el proceso²⁶⁴.

Aunque no sólo las prohibiciones en el país de origen son causa para acudir al extranjero, sino que la búsqueda de destinos en los que la práctica resulte más económica es otra de las motivaciones que mueve a los padres intencionales a desplazarse a países más allá de sus fronteras nacionales. Así, existen agencias que ofrecen gestantes de clase baja de determinados países en desarrollo, que podrán verse sometidas a explotación o tratos abusivos como consecuencia de esta práctica si no se les presta una especial atención, igual que sucede en el campo de la adopción internacional de menores²⁶⁵.

La falta de regulación o la prohibición legal en torno a la gestación por

²⁶² Un estudio efectuado en marzo de 2012 por el “Centre for Social Research” de la India, basado en entrevistas realizadas con 100 gestantes, 50 padres intencionales y clínicas de reproducción asistida, determinó que la mayoría de las gestantes indias eran analfabetas, que no disponían del asesoramiento técnico adecuado, confiando plenamente en la información proporcionada por las clínicas en relación a los términos contractuales, y convirtiéndose en gestantes no voluntariamente, sino debido a sus extremas condiciones de pobreza. “Report of the National Conference on Surrogacy. A Policy Dialogue on Issues around Surrogacy in India”, 2012. Disponible en: <https://drive.google.com/file/d/0B-f1Xldg1JC_ZmlsZXQwY3VvcW8/view>. Última consulta: 20/09/2016.

²⁶³ Como se desprende de la noticia en que se condenó a tres personas por dar la apariencia de gestación subrogada a diversas situaciones en las que realmente se enviaba a las madres “subrogadas” a Ucrania a efectos de que les fueran implantados los embriones, careciendo de acuerdos de gestación por sustitución previos, procediéndose a la venta de los niños posteriormente. “Baby-Selling Ring Busted”. *The FBI Federal Bureau of Investigation*, 2011. Disponible en: <<http://www.fbi.gov/sandiego/press-releases/2011/baby-selling-ring-busted>>. O el caso en que se vendió a diversas mujeres birmanas a hombres chinos para que ejercieran de gestantes subrogadas en el marco de una trama de tráfico ilegal. “China returns pregnant forced surrogate mothers”. *The China Post*, 2009. Disponible en: <<http://www.chinapost.com.tw/china/localnews/other/2009/03/26/201716/China-returns.htm>>. O lo sucedido en 1995, con respecto a mujeres polacas, la mayoría de menos de 25 años, a las que se captaba a través de anuncios y se les hacía viajar a Holanda, Bélgica o Alemania como *au pairs*, para mantener relaciones sexuales con el padre intencional -aunque en algunos casos se recurría a la inseminación artificial- y regresar a su país de origen una vez nacido el niño, al que dejarían en compañía de los padres intencionales a cambio de una compensación económica. En “Poles hired as surrogate mums in illegal trade”. *Independent*, 1995. <www.independent.co.uk/news/world/poles-hired-as-surrogate-mums-in-illegal-trade-1584960.html>. Últimas consultas: 20/09/2016.

²⁶⁴ Por haberse puesto en contacto entre ellos, quizás a través de anuncios particulares publicados en internet.

²⁶⁵ PERMANENT BUREAU (HCCH), “A preliminary report on...”, cit., pág. 5.

sustitución, no evita la existencia de posibles abusos, sino que los potencia, puesto que se obliga a los padres intencionales a actuar al margen de la legalidad vigente y, en ocasiones, en la clandestinidad, lo que aumentará posibles controversias e injusticias.

Regular jurídicamente esta nueva realidad puesta de manifiesto, implicaría establecer los márgenes y garantías legales mínimas dentro de los cuales se debería actuar, lo que supondría una disminución de la posibilidad de abusos o injusticias²⁶⁶ y permitiría ajustar la legislación vigente a los cambios producidos en la sociedad y en la ciencia, pese a que cualquier cambio relacionado con la familia siempre ha producido pánico en la sociedad, desde el divorcio, hasta el aborto, pasando por la igualdad de derechos de los padres, pero lo que sí que supondría un verdadero “apocalipsis” sería que la humanidad no quisiera hijos²⁶⁷.

3.5. La denominada gestación por sustitución “social”.

Mencionaremos finalmente la gestación por sustitución “social”²⁶⁸, una variante en la que el recurso a la técnica de la gestación subrogada no responde a la imposibilidad de gestar por motivos de esterilidad, carecer de útero o indicaciones médicas que lo desaconsejen, sino que la decisión de la madre intencional estriba meramente en razones estéticas²⁶⁹ o

²⁶⁶ LAMM, E., “Una vez más sobre gestación por sustitución, porque sin marco legal se siguen sumando violaciones a derechos humanos”. *Ars Iuris Salmanticensis*, Vol. 1 (junio 2016). Salamanca, 2016. Pág. 73.

²⁶⁷ ROUDINESCO, E., *La familia en desorden*. Fondo de Cultura Económica (FCE). Buenos Aires, 2010.

²⁶⁸ “*Social surrogacy*”, también conocida como “*designer surrogacy*”. En SANGHANI, R., “The rise of “social surrogacy” to protect careers or bodies: Would you ever do it?”. *The Telegraph*, 2014. Disponible en: <<http://www.telegraph.co.uk/women/womens-health/10772725/The-rise-of-social-surrogacy-to-protect-careers-or-bodies-Would-you-ever-do-it.html>>. Última consulta: 23/09/2016.

²⁶⁹ Personas que simplemente no desean sufrir en el cuerpo y en el metabolismo todos los cambios que conlleva un embarazo. Véase, por ejemplo: PEPPERS, M., “The rise of “social” surrogacy: The women choosing not to carry their own babies for fear of hurting their careers or ruining their bodies”, *Mail Online*, 2014. Disponible en: <<http://www.dailymail.co.uk/femail/article-2606101/The-rise-social-surrogacy-The-women-choosing-not-carry-babies-fear-hurting-careers-ruining-bodies.html>>. Última consulta: 22/09/2016.

profesionales²⁷⁰.

Se trata de mujeres fértiles y sanas, capaces de llevar el embarazo a término por sí mismas, pero que recurren a otra mujer dispuesta a soportar las molestias y los cambios que se producen en el cuerpo durante y como consecuencia del embarazo.

La opinión generalizada frente a las mujeres que optan por esta modalidad “social” la de gestación subrogada suele ser negativa²⁷¹, ya que se considera que la finalidad que se persigue estriba, meramente, en no arruinar los cuerpos o carreras profesionales de las madres intencionales²⁷². Se dice incluso, que algunas de ellas incluso fingen su propio embarazo con tal de evitar reproches sociales, recuperando “milagrosamente” su figura justo después del supuesto parto²⁷³.

Pero, desde el punto de vista profesional, la motivación de las comitentes puede no ser caprichosa o baladí.

La sociedad sigue dotando a la maternidad de una consideración simbólica irrenunciable para las mujeres pero, a su vez, se estima que es incompatible con el ritmo de vida actual y con el pleno desempeño de una actividad profesional. Dichas circunstancias llevan también al retraso en la edad de acceso a la maternidad, lo que desemboca en muchos casos en

²⁷⁰ La apariencia física es un aspecto cada vez más determinante a la hora de buscar empleo, siendo habitual encontrar ofertas de trabajo en las que se exige “buena presencia” junto con los restantes requisitos que deberán cumplir los aspirantes para acceder al puesto, lo que deja entrever un rasgo discriminatorio frecuente por aspecto físico. Véase: ZAMORA, I., “La discriminación por aspecto físico, el nuevo caballo de batalla de Igualdad”. *ABC.es*, 2012. Disponible en: <<http://www.abc.es/20100713/sociedad/igualdad-201007071536.html>>. Última consulta: 22/09/2016.

²⁷¹ GREENTHAL, S., “Social Surrogacy: A Scary Trend in Pregnancy”. *The Huffington Post*, 2014. Disponible en: <http://www.huffingtonpost.com/sharon-greenthal/social-surrogacy-a-scary-b_5179121.html>. Última consulta: 23/09/2016.

²⁷² SANGHANI, R., “The rise of “social surrogacy” to protect careers or bodies: Would you ever do it?”. *The Telegraph*, 2014. Disponible en: <<http://www.telegraph.co.uk/women/womens-health/10772725/The-rise-of-social-surrogacy-to-protect-careers-or-bodies-Would-you-ever-do-it.html>>. Última consulta: 23/09/2016.

²⁷³ RUTTER, C., “Celebrities who FAKE their pregnancies: Hollywood fertility doctor reveals more stars are turning to surrogates than ever before”, *Mirror*, 2015. Disponible en: <<http://www.mirror.co.uk/3am/celebrity-news/celebrities-who-fake-pregnancies-hollywood-6781083>>. Última consulta: 23/09/2016.

problemas de fertilidad en el momento en que efectivamente se decide tener hijos.

Tal y como afirma FLORES ANARTE, tácitamente se reconoce en muchos ámbitos profesionales que ejercer la maternidad es incompatible con el desempeño de puestos de responsabilidad en grandes compañías en las que existe una competencia feroz y presencia dominante masculina, por lo que las mujeres no tienen más remedio que dedicarse de forma exclusiva a su carrera profesional para hacerse un hueco en dicho mundo.

De hecho, está constatado que en algunas de dichas empresas se llegan a ofrecer incentivos a sus trabajadoras por congelar sus óvulos²⁷⁴ y diferir el momento de su acceso a la maternidad, en lugar de desplegar “medidas de conciliación que permitan disponer del tiempo necesario para la crianza de los hijos sin que esto implique renunciar a las aspiraciones profesionales ni perder el puesto de trabajo”²⁷⁵.

En este contexto, muchas mujeres que podrían indiscutiblemente llevar a cabo el embarazo por ellas mismas, pueden llegar a plantearse que su única opción para acceder a la maternidad es la gestación subrogada, como puede ser el caso de mujeres deportistas profesionales, cuya carrera deportiva podría llegar a su fin ante una recomendación médica de reposo absoluto o de realizar ejercicio de forma moderada. O de determinadas profesionales del mundo de la moda o del espectáculo, en los que se otorga una especial importancia al aspecto físico y que podrían tener innegables repercusiones profesionales como consecuencia de los cambios que se producen en el cuerpo como

²⁷⁴ Como ejemplo de ello, FLORES ANARTE menciona la noticia que saltó a los tabloides de la prensa internacional en el año 2014, en la que las grandes compañías tecnológicas Apple y Facebook lanzaban sendos comunicados por los que anunciaban que a partir del año 2015 iban a incluir entre los incentivos ofrecidos a sus empleados, “hacerse cargo del coste de procesos de congelación y mantenimiento de óvulos, con el objetivo de que éstas (sus trabajadoras) se centrasen en el desempeño de sus funciones laborales durante los años de fertilidad, utilizando las técnicas de reproducción asistida (TRA) para engañar al reloj biológico y no tener que renunciar a la maternidad”, medida que la autora afirma que ya era un servicio ofrecido por empresas de otros sectores, como las grandes firmas de abogados a sus socios y empleadas relevantes. En FLORES ANARTE, L., *Las técnicas de reproducción asistida en España. ¿Mercantilización de la maternidad o empoderamiento femenino?*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2016. Pág. 7-8.

²⁷⁵ *Ibíd.*, pág. 9.

consecuencia del embarazo²⁷⁶. O, incluso, de mujeres inmersas en procesos selectivos que han visto afectados sus derechos como consecuencia del embarazo y parto²⁷⁷.

Tal y como afirma RODRÍGUEZ PRIETO, “la maternidad no es una enfermedad, ni debería ser un impedimento para que las mujeres desarrollen su profesión”²⁷⁸. Frente a los perjuicios que un proceso de gestación podría suponer en el ámbito profesional, una mujer siempre podría acogerse a la especial protección que se presta a las mujeres frente a los tratos peyorativos o discriminatorios fundados en el sexo o en circunstancias relacionadas directamente con él, y en especial con el embarazo, parto o periodo posterior al nacimiento del niño, tal y como se desprende de reiterada jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional²⁷⁹ como del Tribunal Supremo²⁸⁰, por lo que, al

²⁷⁶ O que si se deciden a llevarlo a cabo por sí, puede que traten de que se aprecien mínimamente en su cuerpo los efectos de la gestación, lo que puede conllevar consecuencias negativas para el bebé, y acarrear innumerables críticas en la prensa y redes sociales. Léase, por ejemplo: “A esta modelo embarazada de 6 meses le llovieron las críticas en su Instagram, ¿quieres saber por qué?”. *iMujer*, 2016. Disponible en: <<http://www.imujer.com/familia/166708/a-esta-modelo-embarazada-de-6-meses-le-llovieron-las-criticas-en-su-instagram-quieres-saber-por-que>>. O “Una modelo embarazada de ocho meses sorprende con su espectacular figura”. *La Vanguardia*, 2015. Disponible en: <<http://www.lavanguardia.com/de-moda/belleza/corporal/20150309/54428841941/ara-stage-modelo-embarazada-cuerpo-perfecto.html>>. Última consulta: 22/09/2016.

²⁷⁷ “Una mujer podrá hacer la oposición a la que no acudió por dar a luz”, *El País*, 2014. Disponible en: <http://sociedad.elpais.com/sociedad/2014/04/01/actualidad/1396358784_980474.html>: “Andalucía rectifica tras dejar a una parturienta fuera de una oposición”. *El País*, 2016. Disponible en: <http://politica.elpais.com/politica/2016/06/20/actualidad/1466448321_690143.html>. Última consulta: 22/09/2016.

²⁷⁸ RODRÍGUEZ PRIETO, R., “Prefacio”, en FLORES ANARTE, L., *Las técnicas de reproducción asistida en España. ¿Mercantilización de la maternidad o empoderamiento femenino?*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2016. Pág. 13-14.

²⁷⁹ Existiendo múltiples sentencias del Tribunal Constitucional que consideran vulnerado el derecho a no ser discriminada por razón de sexo contemplado en el referido art. 14 CE, como consecuencia de los embarazos de las demandantes, como puede apreciarse, entre muchísimas otras, en la STC 173/1994, de 7 de junio («BOE» núm. 163, de 9 de julio de 1994), en la que se estimó el derecho de la trabajadora a no ser discriminada por su condición de mujer ante la no renovación de un contrato laboral porque su embarazo motivaría una baja médica y no sería posible suplir su ausencia con otro trabajador temporal; la STC 240/1999, de 20 de diciembre («BOE» núm. 17, de 20 de enero de 2000), en la que el mismo órgano jurisdiccional consideró que el derecho a no ser discriminada por razón de sexo quedaba vulnerado por la desestimación de una excedencia voluntaria solicitada por una médico interino del Equipo de Atención Primaria de Barco de Ávila para el cuidado de su hija de meses de edad, por entender la Secretaría General de la Consejería de Sanidad y Bienestar Social de la Junta de Castilla y León que la trabajadora no tenía derecho a solicitar la interrupción de la prestación de sus servicios, por tratarse de una empleada en régimen de interinidad; la STC 20/2001, de 29 de enero («BOE» núm. 52, de 1 de marzo de 2001), en la que se obligó a la

menos en la teoría, siempre podrían llevar a cabo la gestación por sí mismas sin tener que recurrir a una gestante.

Pero ello, no siempre es así, existiendo una realidad muy desigual entre la tasa de ocupación de hombres y mujeres, el nivel de paro, la precariedad laboral o incluso la calidad de los puestos de trabajo ofrecidos a unos y otros, tanto en términos salariales como de cualificación profesional²⁸¹.

readmisión de una trabajadora interina de la Administración de Justicia, tras haber sido cesada como consecuencia de "no reunir los requisitos de idoneidad que permiten seguir sustentando su nombramiento debido a encontrarse la recurrente en situación de baja por maternidad"; la STC 31/2014, de 24 de febrero («BOE» núm. 73, de 25 de marzo de 2014), que obligó a la readmisión de una trabajadora que había sido despedida como consecuencia de su embarazo; o la STC 66/2014, de 5 de mayo («BOE» núm. 134, de 3 de junio de 2014), que también consideró vulnerado el derecho de la demandante de amparo a no sufrir discriminación que afecta a las funcionarias en prácticas que, por causa de su maternidad, no pueden realizar el curso de prácticas en la misma convocatoria que el resto de sus compañeros.

²⁸⁰ Como la STS 1099/2014, de 14 de marzo (Id Cendoj: 28079130072014100072), de la Sección 7ª de la Sala de lo Contencioso, en la que, en base al principio de igualdad se reconoció el derecho de una opositora embarazada a la que coincida el examen con el parto, a que se aplase el examen o a que el Tribunal de oposiciones se desplace para examinarla a una población distinta a aquella en la que se encuentre la sede, siempre que las bases de la convocatoria concedan facultades al Tribunal para resolver incidencias. O la STS 3119/2009, de 27 de abril (Id Cendoj: 28079130072009100195), de la Sección 7ª de la Sala de lo Contencioso, en la que se determina que la observancia del principio de igualdad alcanza a que el opositor pueda ser examinado en fecha posterior en caso de fuerza mayor, como puede ser considerado un proceso post parto que le imposibilite realizar la prueba, que no puede ser equiparado a otras a dolencias físicas "tales como procesos gripales, estados febriles, estados de recuperación post-operatoria".

²⁸¹ RODRÍGUEZ PRIETO, R., "Prefacio...", cit., pág. 14.

CAPÍTULO IV. POSTURAS A FAVOR Y EN CONTRA.

Al igual que sucede con otras materias en que los avances científicos han permitido alcanzar resultados que habrían resultado impensables sin la intervención de la mano del hombre, la gestación por sustitución suscita innumerables debates en los que la toma de posición de sus defensores o detractores, en muchas ocasiones, se basa más en cuestiones emotivas o íntimamente enraizadas en las convicciones personales, éticas, morales o religiosas de cada uno, que en cuestiones científicas o jurídicas²⁸².

Los legisladores de un gran número de países²⁸³, así como parte de la doctrina²⁸⁴, no se muestran favorables a amparar la nueva realidad que supone la gestación por sustitución, por desconfigurar el derecho de la filiación y por romper el equilibrio hasta ahora existente²⁸⁵.

Consideran moralmente inaceptables los intereses lucrativos y

²⁸² COSTA, M. y LIMA, C.S., “A maternidade de substituição à luz dos direitos fundamentais de personalidade”. *Lex Medicinæ, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*. Núm. 10. Coimbra Editora. Coimbra, 2012. Pág. 282.

²⁸³ La gestación por sustitución se halla expresamente prohibida en muchos países de nuestro entorno cultural, como Alemania, Italia, Francia o Suiza, incluida España, como veremos.

²⁸⁴ Como FERRAZ, que opina que las personas, presentes o futuras, no pueden ser objeto de un contrato y mucho menos si media una contraprestación económica, en FERRAZ, S., *Manipulações biológicas e princípios constitucionais: uma introdução*. Fabris editor. Porto Alegre (Brasil), 1991. Pág. 56. O para ARCHER, que estima que la gestación subrogada supone una instrumentalización de la mujer, reduciéndola a una posición en que se convierte en una mera “máquina de gestación”, así como que si la gestación por sustitución y la donación de gametos se convirtieran en prácticas habituales, la paternidad y la maternidad se reducirían a “conceptos primariamente sociales y secundariamente biológicos”, en ARCHER, L., *Da Genética à Bioética*. Gráfica de Coimbra. Coimbra, 2006. Pág. 231-232. O para THOMALE, que considera que la gestación subrogada puede y debe ser prohibida a nivel nacional en base a los derechos humanos y al principio del interés superior del menor, en THOMALE, C., *Mietmutterchaft. Eine international-privatrechtliche Kritik*. Mohr Siebeck Publishers. Tübingen, 2015. Pág. 59-72. O BARBOZA, que estima que no se puede negociar en torno al estado de la filiación inherente a los acuerdos de gestación subrogada, que es indisponible, en BARBOZA, H.H., *A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização in vitro*. Editorial Renovar. Rio de Janeiro (Brasil), 1993. Pág. 88. En el mismo sentido, QUIÑONES ESCÁMEZ, A., “Doble filiación paterna...”, cit., pág. 29. DE OLIVEIRA, G.F.F., “Mãe há só [uma] duas!: O contrato de gestação”. Coimbra editora. Coimbra, 1992. O el presidente del Foro Español de la Familia, Don Benigno Blanco, en declaraciones efectuadas al diario ABC el 8 de octubre de 2010, que considera que “inscribir a los hijos de madres de alquiler es un fraude de ley”, disponible en: <<http://hemeroteca.abc.es/nav/Navigate.exe/hemeroteca/madrid/abc/2010/10/08/056.html>>.

Última consulta: 08/01/2016.

²⁸⁵ FERNÁNDEZ-RIVERA GONZÁLEZ, P., “Mater semper certa est? Las...”, cit., pág. 3.

comerciales que pueden motivarla²⁸⁶, la gran carga utilitarista que implica esta figura, así como porque puede constituir un camuflaje al tráfico o compraventa ilegal de niños.

Desde su percepción particular, estiman que la gestación por sustitución supone un claro atentado contra la dignidad de la mujer y del futuro bebé²⁸⁷, constituyendo una clara ofensa contra el orden público²⁸⁸. Por ello, debe mantenerse indisponible el estado civil por parte de los particulares, con la finalidad de evitar el comercio sobre el cuerpo humano y sobre las personas²⁸⁹, así como la explotación de la mujer gestante²⁹⁰.

Asimismo, consideran que resultaría extraordinariamente difícil alcanzar un acuerdo universal en la materia y que dicha regulación fuera respetada por todas las partes²⁹¹.

Además, según aseguran, una pareja que no puede tener niños, siempre podrá recurrir a la adopción, ya que en sentido estricto, pese a que la Declaración Universal de Derechos Humanos contempla el derecho de los adultos a formar una familia, no existe un derecho específico a tener hijos²⁹², sino que son los niños quienes ostentan el derecho a tener unos padres y un

²⁸⁶ Y consideran que, aunque se permitiera tan solo la subrogación en su modalidad gratuita, sería muy difícil poder controlar que no existiesen contraprestaciones económicas a favor de la gestante.

²⁸⁷ BELLVER CAPELLA, V., “¿Nuevas tecnologías?...”, cit., pág. 48.

²⁸⁸ DE OLIVEIRA, G.F.F., “Mãe há só [uma]...”, cit., pág. 45.

²⁸⁹ Como GUILHERME DE OLIVEIRA, que afirma que la característica que distingue indisolublemente a la especie humana es el hecho de que las personas no se pueden comprar ni vender y que el día que esta particularidad ceda ante las leyes del mercado, aquéllos que sean objeto de comercio ya no podrán ser llamados seres humanos. DE OLIVEIRA, G.F.F., “Mãe há só [uma]...”, cit., pág. 16.

²⁹⁰ SAEZ-SANTURTUN PRIETO, M.A., “La maternidad subrogada; estado actual de la cuestión a raíz de la STS de 6 de febrero de 2014”. *Diario La Ley*, núm. 8293 (Sección Tribuna). La Ley. Madrid, 2014. Pág. 1-99; BONILLO GARRIDO, L., “El reconocimiento y ejecución de sentencias de maternidad por sustitución”. *Diario La Ley*, núm. 8070 (Sección Doctrina). La Ley. Madrid, 2013. Pág. 1-2.

²⁹¹ BELLVER CAPELLA, V., “¿Nuevas tecnologías?...”, cit., pág. 48.

²⁹² La profesora NEVES considera que las TRA han supuesto la posibilidad de transformar la mera expresión del deseo a tener hijos, en una reivindicación de dicho derecho, lo que supone la instauración de una nueva vulnerabilidad humana en la figura del embrión humano. A su parecer, debe excluirse la posibilidad de emplear las TRA de forma indiscriminada, no debiendo confundirse el deseo con el derecho a tener hijos. NEVES, M.C.P., “Mudam-se os tempos, Manda a vontade. O desejo e o direito a ter um filho”. *Estudos de Direito da Bioética*, Vol. III. Almedina. Coimbra, 2009. Pág. 132.

hogar²⁹³, como indica el artículo 6 de la Declaración de los Derechos del Niño²⁹⁴ que establece la necesidad de que los niños crezcan “al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material”, o la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989²⁹⁵, que pone especial énfasis en el derecho de todo niño a tener una familia, su derecho a ser cuidado por sus padres y el derecho a una relación personal y contacto directo con ambos progenitores.

Frente a dicha postura contraria a la aprobación de la gestación subrogada, otros autores²⁹⁶, entre los que me incluyo, estamos expresamente a favor de su legalización.

Consideramos necesario legislar en el sentido de aceptarla, no solo con el fin de “solventar problemas de infertilidad que no pueden salvarse mediante los diferentes mecanismos establecidos en las sucesivas leyes de técnicas de reproducción humana asistida”²⁹⁷ sino, fundamentalmente, para evitar las malas prácticas²⁹⁸ y los efectos negativos que conlleva la desregulación.

Es innegable que la gestación por sustitución es una realidad que va en aumento, hecho al que el legislador no puede dar la espalda, radicando la cuestión en fijar los límites por los que debe discurrir dicha práctica y regular la

²⁹³ GÓMEZ BENGOCHEA, B. y BERÁSTEGUI PEDRO-VIEJO, A., “El derecho del niño a vivir en familia”. *Miscelánea Comillas. Revista de Ciencias Humanas y Sociales*, Vol. 67, Núm. 130. Madrid, 2013. Pág. 175.

²⁹⁴ Declaración de los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1959. Disponible en: <[http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/1386%20\(XIV\)](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/1386%20(XIV))>. Última consulta: 18/10/2016.

²⁹⁵ Convención sobre los Derechos del Niño (“CDN” o “UNCRC”), aprobada en el seno de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Disponible en: <https://www.unicef.es/sites/www.unicef.es/files/CDN_06.pdf>. Última consulta: 19/10/2016.

²⁹⁶ Como LAMM, E., “Una vez más sobre...”, cit., pág. 61-107. RAPOSO, V.L., *De Mãe para Mãe. Questões Legais e Éticas Suscitadas pela Maternidade de Substituição*, Coimbra Editora. Coimbra, 2005. Pág. 141. ARAUJO, F., *A procriação assistida e o problema da santidade da vida*. Almedina. Coimbra, 1999. O VELA SÁNCHEZ, A.J., “Propuesta de regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España”. *Diario La Ley*, núm. 7621 (Sección Doctrina). La Ley. Madrid, 2011, entre otros.

²⁹⁷ VELA SÁNCHEZ, A.J., “La gestación por encargo desde el análisis económico del Derecho. Medidas anticrisis desde el Derecho de familia”. *Diario La Ley*, núm. 8055 (Sección Doctrina). La Ley. Madrid, 2013.

²⁹⁸ “Demandan una empresa por engañar parejas que contrataron vientres de alquiler”, *La Vanguardia*, 2016. Disponible en: <<http://www.lavanguardia.com/vida/20160611/402434561267/demandan-una-empresa-por-enganar-parejas-que-contrataron-vientres-de-alquiler.html>>. Última consulta: 29/09/2016.

forma en la que poder conferir la adecuada protección a todos los intervinientes en el proceso, especialmente, al más frágil de ellos que es el feto²⁹⁹.

Una mera prohibición no evita los múltiples dilemas morales y problemas legales que surgen en torno a ella, corriéndose el riesgo, además, de que se produzcan otros daños y abusos derivados de mercantilización de la gestación y de la filiación, de alimentar la proliferación de mercados negros en países en desarrollo en los que la práctica es más económica pero que ofrece menos garantías a las partes, dando lugar a la explotación de potenciales gestantes³⁰⁰, a donantes de óvulos en situación desfavorecida o, incluso, al tráfico de menores³⁰¹, convirtiéndose los bebés en objeto de transacciones comerciales internacionales³⁰².

Aunque la gestación por sustitución no esté permitida en el país de origen de los padres que desean tener hijos y que no ven más remedio que recurrir a ésta vía para hacerlo, es necesario aceptar que es mucho más fuerte su voluntad que la mera prohibición. Ello les lleva a viajar a lugares en que sí es posible recurrir a la gestación subrogada y lograr posteriormente, con mayor o menor dificultad³⁰³, volver con el niño a sus respectivos países de origen y formar su tan ansiada familia, con o sin el respaldo legal de las instituciones estatales.

De cara a los detractores de la subrogación, diremos que la misma

²⁹⁹ Tal y como afirma VERA LÚCIA RAPOSO, que considera que, pese a que se podría calificar a la gestación subrogada como un “demerit good”, es decir, un bien perjudicial para la salud o que podría acarrear efectos dañosos, la sociedad no debe prohibirla, sino establecer dichas vías de protección para las partes involucradas. En RAPOSO, V.L., *De Mãe para Mãe...*, cit., pág. 141.

³⁰⁰ Para, por ejemplo, diferenciar la gestación por sustitución del embarazo forzoso, enmarcado en los delitos relacionados con la explotación de las personas. En BALLINAS, V., “Demandan regular la reproducción asistida y la subrogación de vientres”, *Periódico La Jornada*. Lunes, 10 de agosto de 2015. Pág. 9. Disponible en: <<http://www.jornada.unam.mx/2015/08/10/politica/009n3pol>>. Última consulta: 29/09/2016.

³⁰¹ FARNÓS AMORÓS, E., “European Society of...”, cit., pág. 5.

³⁰² RAPOSO, V.L., *De Mãe para Mãe...*, cit., pág. 121.

³⁰³ Salvo en supuestos puntuales, como en el caso Campanelli, que veremos, en el que el Estado italiano retiró la custodia del menor nacido en Rusia a sus padres intencionales, cuya custodia no han podido volver a recuperar, pese a llegar hasta el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Case of Paradiso and Campanelli v. Italy (Application no. 25358/12)*, 27 January 2015. *European Court of Human Rights (Second Section)*.

podría ser igual de censurable que la donación de material reproductivo³⁰⁴, donación que se halla permitida, no obstante, en muchos de los países que prohíben la gestación por sustitución, como es el caso de España³⁰⁵.

Pensemos que, tanto en el caso de donación de ovocitos o de preembriones, como en la gestación por sustitución, nos encontramos ante una mujer que llevará a cabo la gestación de un niño con el que no tiene ninguna conexión genética³⁰⁶. La única diferencia estriba en el hecho de que, en el primero de los supuestos, la mujer que ha gestado al bebé podrá quedárselo y será considerada madre del mismo a todos los efectos legales, pese a no haber aportado su material genético, quedando determinada la filiación por el mero hecho de la gestación y del parto en base al principio romano *mater semper certa est*. Mientras que en el segundo supuesto, es decir, en la gestación por sustitución, se condena el hecho de que la gestante pueda entregar al niño a los padres intencionales que son, a su vez, los verdaderos progenitores genéticos³⁰⁷ del menor, que han tenido en todo momento la voluntad de ser padres del mismo, por lo que han iniciado y llevado a cabo todo el proceso.

Nos oponemos también a la censura basada en el hecho de que llevar a cabo una gestación por cuenta de otras personas puede suponer una “instrumentalización” de la mujer, puesto que a día de hoy, las mujeres son plenamente capaces para prestar un consentimiento válido y eficaz en decisiones que puedan afectar a su cuerpo, al menos en los países

³⁰⁴ Donación que en puridad no es tal, puesto que la misma suele implicar el pago de una cantidad monetaria por las molestias ocasionadas, como veremos, compensación económica que es en muchas ocasiones el verdadero motivo que lleva a los donantes a proporcionar su material genético.

³⁰⁵ En España, el artículo 5 de la Ley 14/2006 permite tanto la donación de gametos como de preembriones. La donación de esperma se permite generalmente en la mayoría de países (como en Alemania, Dinamarca o Francia, entre otros), aunque prohibida en Italia para la fecundación heteróloga. Mientras que la donación de óvulos se prohíbe en algunos más, como es el caso de Italia, Alemania, Austria, Suiza o Turquía. En IGAREDA GONZÁLEZ, N., “La donación anónima de gametos para reproducción humana asistida en España: problemas y retos”. *Revista de Bioética y Derecho*. Núm. 38. Universidad de Barcelona. Barcelona, 2016. Pág. 78-79.

³⁰⁶ Salvo en el caso de la gestación por sustitución tradicional, en que la gestante es quien aporta a su vez sus propios ovocitos para la fecundación, como veremos.

³⁰⁷ Si ambos progenitores intencionales hubieran proporcionado sus propios gametos para la fecundación.

desarrollados en los que tienen garantizados plenamente sus derechos.

No permitir la gestación subrogada en estos países más adelantados, donde es posible velar por el cumplimiento y respeto de todas garantías y derechos de las partes intervinientes en el proceso, es precisamente lo que conduce a las familias que desean acceder a la paternidad o maternidad por este medio, a acudir a países más desfavorecidos en los que sí es factible que se produzcan abusos y situaciones fraudulentas y, en definitiva, la “instrumentalización” de la mujer³⁰⁸.

Es necesario lograr una adecuada regulación de la gestación por sustitución, que fije los límites por los que ésta debe discurrir, los derechos y obligaciones de las partes intervinientes en el proceso, la forma de prestar un verdadero consentimiento informado, así como velar por la tutela de los bienes jurídicos que se hallan involucrados en la práctica médica que combate la infertilidad, como son: la libertad personal, la salud pública y la integridad de sus beneficiarios³⁰⁹. Dicha regulación, otorgará seguridad jurídica a las partes, evitará abusos y protegerá, especialmente, a la parte más débil del proceso: el niño que será entregado a sus padres intencionales una vez nacido, quienes tienen la voluntad y deseo de criarlo en el seno de su nueva familia.

³⁰⁸ Como afirma AMARTYA SEN, “Hay un inmenso mundo de derechos humanos legítimos, más allá de los límites de la ley”. No debemos quedarnos estancados en la rígida caja de los derechos actualmente legislados, sino que es necesario avanzar de la mano del progreso y proteger el derecho al libre desarrollo de la personalidad. SEN, A., “Derechos humanos y los límites de la ley”. *Ius et Veritas*, Núm. 33. Facultad de Derecho de la PUCP. Lima (Perú), 2006. Pág. 396.

³⁰⁹ REIS, R.V.E., “Responsabilidade Penal na Procriação Medicamente Assistida. A criminalização do Recurso à Maternidade de Substituição e outras opções legais duvidosas”. *Lex Medicinæ, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*. Ano 7, Núm. 13. Coimbra Editora. Coimbra, 2010. Pág. 74.

CAPÍTULO V. SITUACIÓN ACTUAL DE LA GESTACIÓN SUBROGADA EN DERECHO COMPARADO.

Mientras que la mayoría de países han aceptado y regulado los aspectos relativos a las técnicas de reproducción asistida como medio de acceso a la paternidad para las parejas infértiles, la gestación por sustitución se halla prohibida o sin regulación expresa en muchos de ellos, con la inseguridad y desprotección jurídica que ello supone tanto los padres de intención, como para la gestante, pero fundamentalmente para el niño.

Ignorar legalmente dicha técnica o incluso prohibirla en el ordenamiento interno, no logra que los padres intencionales desistan de sus deseos de formar su propia familia a través de la misma, acudiendo en la mayoría de los casos a países en el extranjero donde sí está permitida, viéndose cada vez más los órganos jurisdiccionales abocados a resolver sobre controversias relacionadas con la gestación subrogada³¹⁰.

No existe ningún instrumento normativo, ni a nivel internacional, ni a nivel regional, ni de carácter comunitario, que regule la gestación por sustitución de modo unificado y global. Tampoco podemos hablar de una postura comúnmente aceptada por todos los países del mundo, existiendo un amplio abanico en cuanto a la postura adoptada por cada uno de ellos³¹¹, tanto desde el punto de vista legislativo, como a la hora de su aplicación en la práctica, como veremos, siendo los conflictos de leyes muy acusados en esta materia, observándose muy profundas divergencias de la regulación legal de Estado a Estado³¹².

Los Estados Miembros de la Unión Europea tienen marcos jurídicos muy diversos en torno a esta figura, desde algunos extremadamente prohibitivos

³¹⁰ SCHERPE, J.M., *The present and future of European Family Law*. Edward Elgar Publishing. Cheltenham (UK), 2016. Pág. 111-112.

³¹¹ THOMALE, C., *Mietmuttertschaft. Eine...*, cit., pág. 19-40.

³¹² CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZALEZ, J., "Gestación por sustitución y Derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos". *Cuadernos de Derecho transnacional*, Vol. 7, Núm. 2 (octubre 2015). Área de Derecho internacional privado de la Universidad Carlos III. Madrid, 2015. Pág. 48.

hasta otros más liberales³¹³. Pero la tendencia general es la de que los contratos de subrogación no tienen carácter vinculante en la mayoría de los Estados de la Unión³¹⁴. De entre los veintiocho Estados Miembros de la Unión Europea, actualmente la gestación por sustitución está prohibida en quince de ellos³¹⁵: Alemania, Austria, Bulgaria, Croacia³¹⁶, Dinamarca, Eslovenia, España, Finlandia, Francia, Hungría, Italia, Letonia, Lituania, República Checa y Suecia. Mientras que está permitida, ya sea legalmente o en la práctica, en los trece restantes³¹⁷: Bélgica, Chipre, Eslovaquia, Estonia, Grecia, Irlanda, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Polonia, Rumanía y Reino Unido.

Podemos efectuar una clasificación en tres grupos diferenciados en los que se agruparían la totalidad de los países del mundo dependiendo de su posición en torno a esta materia.

En primer lugar, nos encontramos con un conjunto de Estados -entre los que se encuentran España, Alemania, Italia o Francia-, que prohíben normativamente de modo expreso la gestación subrogada. De entre ellos, los

³¹³ BUSARDO, F.P. et al., "The evolution of legislation in the field of Medically Assisted Reproduction and embryo stem cell research in European union members". *BioMed research international*, Vol. 2014. Hindawi Publishing Corporation, 2014. Disponible en: <<http://dx.doi.org/10.1155/2014/307160>>. Última consulta: 25/08/2016.

³¹⁴ HATZIS, A.N., "From Soft to Hard Paternalism and Back: The Regulation of Surrogate Motherhood in Greece" *Portuguese Economic Journal*, Vol. 49, No. 3. Pág. 207. Lisboa (Portugal), 2009. Disponible en: <<http://ssrn.com/abstract=1442869>>. Última consulta: 24/08/2016.

³¹⁵ STEERING COMMITTEE OF BIOETHICS (CDBI), "Replies by the member States to the questionnaire on access to medically assisted procreation (MAP) and on right to know about their origin for children born after MAP". Council of Europe. Strasbourg, 2012. Disponible en: <http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/Activities/04_Human_embryo_and_foetus_en/INF_200_5_7%20e%20MAP.pdf>. Y en EUROPEAN SOCIETY OF HUMAN REPRODUCTION AND EMBRYOLOGY (ESHRE), "Comparative Analysis of Medically Assisted Reproduction in the EU: Regulation and Technologies (SANCO/2008/C6/051)". European Commission. Grimbergen (Belgium), 2008, pág. 18. Disponible en: <http://ec.europa.eu/health/blood_tissues_organs/docs/study_eshre_en.pdf>. Últimas consultas: 24/08/2016.

³¹⁶ Prohibida en la Ley croata sobre Reproducción Médicamente Asistida ("Law on medically assisted fertilisation"), aprobada en julio de 2012 y publicada en la Gaceta Nacional 86/2012. En CARTOLOVNI, A. et al., "The regulation of the medically assisted reproduction (MAR) in Croatia and the European legislative context". *Medicina e Morale*, vol. 6, 2014. Pág. 997-1025.

³¹⁷ STEERING COMMITTEE OF BIOETHICS (CDBI), "Replies by the member States to...", cit., disponible en: <http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/Activities/04_Human_embryo_and_foetus_en/INF_200_5_7%20e%20MAP.pdf>. Y en EUROPEAN SOCIETY OF HUMAN REPRODUCTION AND EMBRYOLOGY (ESHRE), "Comparative Analysis of...", cit., disponible en: <http://ec.europa.eu/health/blood_tissues_organs/docs/study_eshre_en.pdf>. Últimas consultas: 24/08/2016.

más permisivos sancionan meramente con la nulidad de pleno derecho cualquier tipo de acuerdo que tenga por objeto la gestación por cuenta de otro, lo que implica que las partes no podrán exigir el cumplimiento de los mismos ante los Tribunales y, generalmente, se determinará la maternidad por el parto. Frente a estos, se encuentran los países que sancionan con más contundencia a quienes, pese a la prohibición, la lleven a cabo, previendo normativamente diversos grados de penalizaciones, que oscilan desde multas con contenido económico, hasta la aplicación de penas privativas de libertad en relación a los países más estrictos. Dichas sanciones, podrán ser de aplicación a todos los sujetos intervinientes en el proceso, incluida la gestante y los padres intencionales, o tan sólo a los profesionales médicos que apliquen las técnicas necesarias de reproducción asistida y/o los intermediarios que intervengan en el proceso.

En segundo lugar, existe otro grupo de territorios cuyos ordenamientos jurídicos carecen de previsiones normativas expresas relativas a la figura de la gestación por sustitución, ni en el sentido de prohibirla ni aceptándola de modo expreso. Es el caso de Bélgica, Brasil o Austria, entre otros, los cuales, dependiendo de sus intereses y prevaleciéndose del vacío legal existente, permitirán o no el acceso a la misma en la práctica.

Finalmente, hablaremos de un tercer y último bloque de Estados en los que legalmente se acepta expresamente la gestación subrogada, ya sea desde un punto de vista limitado, es decir, admitiendo mayoritariamente tan sólo la modalidad altruista y estableciendo taxativamente los requisitos para poder acudir a ella -como sucede en Reino Unido-. Frente a aquellos otros países que la admiten en sentido amplio, como es el caso de Israel o Rusia, donde se puede llevar a cabo de forma altruista o comercial, es decir, permitiendo a la gestante obtener un lucro derivado de contraprestaciones de contenido económico como pago de sus servicios que vayan más allá de los gastos necesarios en que incurra para llevar a cabo el proceso. O el caso de Sudáfrica, que admite la variante tradicional o parcial de la gestación subrogada, permitiendo, en su caso, que sea la gestante quien aporte sus propios gametos para proceder a la fecundación y posterior implantación y

gestación del embrión generado a partir de dicho ovocito, con todos los dilemas éticos y morales que ello supone.

Dentro de este último grupo de países en que se permite la subrogación, también se encuentra Ucrania³¹⁸, cuyas leyes son completamente permisivas con la gestación por sustitución, incluida la posibilidad de seleccionar el sexo del bebé, y no conteniendo ninguna prohibición expresa de la modalidad comercial³¹⁹. En Ucrania, la gestante no tendrá ningún tipo de derecho sobre el niño, no figurando ni siquiera su nombre en el certificado de nacimiento del menor, y atribuyéndose la filiación directamente a los padres intencionales desde el mismo momento del nacimiento, todo ello conforme a lo dispuesto en el artículo 123.2 del Código de Familia³²⁰. No obstante, tan sólo se permitirá el acceso a la gestación por sustitución a matrimonios heterosexuales, ya que dicho artículo establece que los padres del nacido a través de gestación por sustitución serán los “esposos” cuyo material genético se empleó para fecundar el embrión, y en Ucrania sólo son legales los matrimonios entre hombre y mujer, por lo que no podrán acceder a la subrogación ni progenitores intencionales individualmente, ni parejas homosexuales³²¹.

También legislaciones de países europeos como la República de Armenia³²² o Georgia (Europa)³²³, entre otras, son completamente permisivas en relación a la figura de la gestación por sustitución, no ostentando la gestante ningún derecho legal sobre el niño y no pudiéndose negar a su entrega.

³¹⁸ DRUZENKO, G., “22. Ukraine”, en TRIMMINGS, K. y BEAUMONT, P. (Coord.), *International Surrogacy Arrangements. Legal Regulation at the International Level*. Hart publishing, Oxford and Portland (Oregon), 2013. Pág. 319-326.

³¹⁹ Que, ante la prohibición expresa, se apoya en el principio de la autonomía de la voluntad de las partes para contratar establecido en el art. 2.1 del Código Civil ucraniano, desarrollado en el 627.1 del mismo cuerpo legal. En DRUZENKO, G., “22. Ukraine...”, cit., pág. 319-320.

³²⁰ Se puede consultar la traducción al inglés de dicho Código en: <http://www.familylaw.com.ua/docs/FAMILY_CODE_OF_UKRAINE.doc>. Última consulta: 26/08/2016.

³²¹ *Ibíd.*, pág. 320-322.

³²² Regulada en los arts. 11 a 19 de la Ley N° 474 de la República de Armenia sobre Salud Reproductiva y Derechos Reproductivos de los Humanos, de 26 de diciembre de 2002. Disponible en: <<http://www.armenianlaw.com/en/surrogate-motherhood/>>. Última consulta: 26/08/2016.

³²³ El art. 143 de su Ley sobre Protección de la Salud establece que la gestante no ostentará ningún derecho con respecto al niño. En GERBER, P. y O'BYRNE, K., *Surrogacy, Law and Human Rights*. Routledge. New York (USA), 2016. Pág. 69.

Existen incluso Estados plurilegislativos que cuentan con normativas de signo diverso y contrario sobre la cuestión que nos ocupa³²⁴, variando la regulación de la gestación por sustitución internamente dentro de su propio territorio. Como sucede en los Estados Unidos de América, donde la Décima Enmienda³²⁵ confiere competencias a los distintos Estados para legislar en las materias que no estén reservadas a los Estados Unidos por la Constitución. Así, la situación en torno a la figura que nos ocupa varía enormemente de un Estado a otro, hallándose expresamente permitida en algunos de ellos (como Arkansas³²⁶, California³²⁷ o Illinois³²⁸, entre otros), prohibida en otros (como sucede, por ejemplo, en Arizona³²⁹ o Michigan³³⁰), y con un panorama confuso

³²⁴ CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZALEZ, J., “Gestación por sustitución y Derecho internacional privado. Más allá...”, cit., pág. 48.

³²⁵ *U.S. Constitution - Amendment 10 - Powers of the States and People* “The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people”. Disponible en: http://www.usconstitution.net/xconst_Am10.html. Última consulta: 30/08/2016.

³²⁶ En dicho Estado, el Acta 647 de 1989, prevé que el niño nacido como resultado de un tratamiento de gestación subrogada, se considere hijo biológico directamente del padre intencional y de su esposa -aunque ésta última no tenga relación genética con el niño-, o sólo del padre intencional biológico -si éste no está casado-, o de la madre intencional -en caso de que el esperma para el proceso de gestación hubiera sido donado-. En el momento de registrar el nacimiento, se presumirá que la gestante es la madre natural, pero cabe la posibilidad de obtener un certificado de nacimiento alternativo expedido por los Tribunales. Más información en *Arkansas Act 647 of the 1989 Regular Session*. Disponible en: <ftp://www.arkleg.state.ar.us/acts/1989/Public/647.pdf>. Última consulta: 30/08/2016.

³²⁷ Que contiene legislación ampliamente favorable a la gestación por sustitución, como veremos, disponiendo asimismo de la protección jurisprudencial más relevante a favor de los padres comitentes, a quienes declara padre legales del niño recién nacido desde el mismo momento de su nacimiento, tengan o no conexión genética con el mismo.

³²⁸ Que dispone de legislación muy permisiva que regula desde la firma del convenio, hasta la emisión de los certificados de nacimiento. No obstante, tan solo se permite acceder a esta figura a personas, ya sean individuales o parejas heterosexuales, que hayan aportado sus propios gametos, bastando en el caso de parejas con que una sola de ellas así lo haya hecho. Más información en *Illinois Gestational Surrogacy Act (750 ILCS 47)*. Disponible en: <http://www.ilga.gov/legislation/ilcs/ilcs3.asp?ActID=2613>. Última consulta: 30/08/2016.

³²⁹ En el Estado de Arizona la Ley establece expresamente la ilegalidad de los contratos de gestación subrogada. Más información en “Arizona Revised Statutes, 25-218. Surrogate parentage contracts; prohibition; custody; definition”. Disponible en: <https://knowndonorregistry.com/library/laws/arizona-same-sex-marriage-sperm-donation-surrogacy-and-adoption-laws>. Última consulta: 30/08/2016.

³³⁰ Los contratos de gestación subrogada están prohibidos en Michigan, estando sancionados con penas que pueden alcanzar los 50.000 dólares y penas de prisión de hasta 5 años. Tal y como resulta de la *Michigan's Surrogate Parenting Act*, 1988. Disponible en: [http://www.legislature.mi.gov/\(S\(i0p5cg45xv4se045b1kcxba5\)\)/documents/mcl/pdf/mcl-act-199-of-1988.pdf](http://www.legislature.mi.gov/(S(i0p5cg45xv4se045b1kcxba5))/documents/mcl/pdf/mcl-act-199-of-1988.pdf), última consulta: 30/08/2016. La doctrina exige la actualización de la legislación de Michigan en esta materia, como por ejemplo: VAN WORMER, C., “Outdated and Ineffective: An Analysis of Michigan's Gestational Surrogacy Law and the Need for Validation of Surrogate Pregnancy Contracts”, *DePaul Law Review*, Vol. 61, Iss. 3. DePaul University. Chicago-Illinois (EEUU), 2012. Pág. 911-937.

en un último grupo de Estados (como sucede en Alaska³³¹, Colorado³³² o Montana³³³), no siendo clara ni la legislación ni la jurisprudencia existente al respecto. Para determinar la normativa que será de aplicación al convenio de gestación subrogada, habrá que tener en cuenta el Estado en que se suscriba dicho acuerdo, el Estado de residencia de la madre subrogada y, finalmente, el lugar en que tenga lugar el alumbramiento. Pese a ello, si atendiendo a las circunstancias concretas del caso y considerando el interés superior del menor, los Tribunales de cualesquiera de los Estados de los EEUU aprobasen o ratificasen un proceso de gestación por sustitución, los padres intencionales obtendrían una sentencia en la que se reconocería el derecho a la filiación del menor a su favor, figurando el nombre de los comitentes en el certificado de nacimiento del niño³³⁴. Asimismo, conforme a la Decimocuarta Enmienda³³⁵ que prevé que toda persona nacida en los Estados Unidos será considerada ciudadana de dicho país, todos los niños nacidos a través de un proceso de gestación subrogada tendrán la consideración de ciudadanos norteamericanos y derecho a pasaporte de dicho país.

En Australia se regulan las técnicas de reproducción asistida tanto a nivel federal como a nivel de cada uno de sus Estados. Se prohíbe de modo general la gestación por sustitución de carácter comercial³³⁶, siendo la modalidad altruista legal³³⁷ en seis de sus Estados (Queensland, Nueva Gales

³³¹ Que carece de legislación específica en la materia. En DANA, A.R., "The State of Surrogacy Laws: Determining Legal Parentage for Gay Fathers", *Duke Journal of Gender Law & Policy*, Vol. 18. Duke University School of Law. Durham (EEUU), 2011. Pág. 355.

³³² No existe ninguna ley relativa a la gestación subrogada, pero los Tribunales suelen ser favorables a la misma. En MOHAPATRA, S., "Stateless Babies & Adoption Scams: A Bioethical Analysis of International Commercial Surrogacy", *Berkeley Journal of International Law*, Vol. 30, Iss. 2. Berkeley Law. University of California (EEUU), 2012. Pág. 428.

³³³ Donde tampoco existe legislación en materia de gestación por sustitución, pero los Tribunales suelen ser favorables en la materia. En DANA, A.R., "The State of...", cit., pág. 355.

³³⁴ SNYDER, S.H., "24. United States of America", en TRIMMINGS, K. y BEAUMONT, P. (Coord.), *International Surrogacy Arrangements. Legal Regulation at the International Level*. Hart publishing, Oxford and Portland (Oregon), 2013. Pág. 344-346.

³³⁵ *U.S. Constitution - Amendment 14 - Citizenship Rights*. Disponible en: <http://www.usconstitution.net/xconst_Am14.html>. Última consulta: 26/08/2016.

³³⁶ RIGGAN, K., "G12 Country Regulations of Assisted Reproductive Technologies", *The Center for Bioethics & Human Dignity*. Trinity International University. Deerfield (USA), 2010. Disponible en: <<https://cbhd.org/content/g12-country-regulations-assisted-reproductive-technologies>>. Última consulta: 03/09/2016.

³³⁷ KEYES, M., "2. Australia", en TRIMMINGS, K. y BEAUMONT, P. (Coord.), *International Surrogacy Arrangements. Legal Regulation at the International Level*. Hart publishing, Oxford and Portland (Oregon), 2013. Pág. 43-63.

del Sur, Tasmania, Australia Meridional, Australia Occidental y Victoria), así como en el Territorio de la Capital Australiana. Frente a la situación existente en el Estado del Territorio del Norte, donde no existe por el momento regulación específica relativa a la figura que nos ocupa, pero tampoco se prohíbe expresamente en su Ley sobre Derecho de Familia.

O en el territorio de Canadá, donde se permite la gestación por sustitución conforme al artículo 6 del Acta de Reproducción Humana Asistida³³⁸ aprobada por el Parlamento canadiense, siempre y cuando la gestante sea mayor de 21 años de edad³³⁹. No obstante, se prohíben expresamente los pagos efectuados a intermediarios o a la gestante por sus servicios, salvo la posibilidad de reembolsarle los gastos directamente relacionados con el embarazo y parto³⁴⁰. También será posible abonar a la gestante las ganancias laborales o profesionales que hubiera podido dejar de percibir como consecuencia de un riesgo cierto que pueda afectar a su salud o a la del feto y que aconseje dejar de trabajar, siempre que ello sea certificado por escrito por un profesional médico y que las cantidades abonadas se ajusten a las regulaciones legales fijadas al respecto³⁴¹.

No obstante, el régimen en materia de gestación subrogada en Canadá no es unitario, ya que en alguna de sus provincias existen regulaciones diferenciadas en dicha materia. Así, el Acta número 28 del año 2016 aprobada por la asamblea legislativa de la provincia canadiense de Ontario, Acta que establece la igualdad de todas las familias³⁴², dispone que se permiten los acuerdos de subrogación dentro de su territorio, pero que éstos no serán vinculantes para las partes³⁴³, conteniendo diversas condiciones que deberán

³³⁸ *Assisted Human Reproduction Act of Canada* (S.C. 2004, c. 2). Disponible en: <<http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/a-13.4/>>. Última consulta: 26/08/2016.

³³⁹ *Section 6.4 Assisted Human Reproduction Act of Canada*.

³⁴⁰ *Ibíd*, *section* 12.1.

³⁴¹ *Ibíd*, *section* 12.3.

³⁴² *Bill 28, All Families Are Equal Act (Parentage and Related Registrations Statute Law Amendment)*, 2016. Disponible en: <http://www.ontla.on.ca/web/bills/bills_detail.do?locale=en&BillID=4176>. Última consulta: 30/01/2017.

³⁴³ Pese a no ser de cumplimiento obligatorio, en caso de controversia servirán para constituir prueba sobre la voluntad de las partes, debiendo decidir los Tribunales en atención al interés superior del menor. Asimismo, el acuerdo necesariamente deberá ser suscrito antes de que el

cumplirse en los mismos, entre otras, que la renuncia por parte de la gestante a sus derechos paterno-filiales sobre el nacido, no se efectúen antes de transcurridos siete días tras el nacimiento. O el régimen aplicable en la provincia canadiense de Quebec, donde el artículo 541 de su Código Civil³⁴⁴ sanciona con la nulidad de pleno derecho cualquier acuerdo que implique la subrogación.

De entre los países en que se permite legalmente acudir a la figura de la gestación por sustitución, en base al momento en que se materializa la filiación a favor de los padres de intención, debemos distinguir³⁴⁵ entre aquellos en los que la filiación se determina con efectos *ex-ante*, como sucede en el estado de California, Grecia o Sudáfrica, entre otros, en los que se regula un proceso de “pre-aprobación”³⁴⁶ del acuerdo de gestación subrogada ante el organismo correspondiente, ya sea un juez, Tribunal o Comité, que permitirá a los padres de intención figurar directamente en el certificado de nacimiento del recién nacido como sus padres legales a todos los efectos. Frente a aquellos otros en que los efectos se producen *ex-post facto*, como sucede en Reino Unido o en Israel, donde se requiere una orden parental expedida por los Tribunales tras el nacimiento del menor, que determinará su filiación a favor de los padres de intención si no existe oposición por parte de la gestante.

También debemos hablar de la diferencia que establecen los regímenes normativos de cada uno de los países, dependiendo de si la gestación por sustitución tiene lugar en su propio territorio, frente a aquellos otros supuestos en que sus ciudadanos acuden a un país extranjero para contratar los servicios de una gestante y tratan después de volver a su país de origen con el niño nacido, tratando que el mismo obtenga la nacionalidad y residencia, así como los padres intencionales la filiación del menor y prestaciones sociales derivadas

niño sea concebido, la concepción deberá producirse mediante técnicas de reproducción asistida y tanto la gestante como los comitentes deberán recibir asesoramiento legal antes de iniciar el proceso.

³⁴⁴ *Civil Code of Québec* de 1991, Art. 541: “Any agreement whereby a woman undertakes to procreate or carry a child for another person is absolutely null”. Disponible en: <<http://legisquebec.gouv.qc.ca/en/showdoc/cs/CCQ-1991>>. Última consulta: 26/08/2016.

³⁴⁵ LAMM, E., “Gestación por sustitución. Realidad y...”, cit., pág. 12-17.

³⁴⁶ *Ibíd.*, pág. 13.

de la paternidad.

Si la gestación se produce dentro de las fronteras internas, algunos de dichos países atribuyen la filiación del nacido directamente a ambos padres de intención desde un primer momento, como sucede en Grecia. O bien en un momento posterior al nacimiento, tras la obtención de la correspondiente “orden parental”, como sucede en Reino Unido.

Mientras que si la gestación se produce en el extranjero, serán de aplicación las normas de Derecho internacional privado correspondientes que, en la mayoría de los países, permiten la inscripción del menor si se han cumplido los requisitos legales establecidos en el país extranjero, apelando al interés superior del niño y en base a las normas sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras.

Muchos de dichos países exigen que en el certificado de nacimiento que se inscribirá en el Registro Civil consular correspondiente, figure la gestante como madre legal del nacido, pudiendo figurar el padre de intención con vinculación genético con el niño como padre de éste a efectos legales. Así sucede, por ejemplo, en países como la República Checa³⁴⁷. En dichos casos, no tendrá más remedio la madre intencional que proceder vía adopción del hijo reconocido a su esposo para acceder a la filiación del mismo, siempre que se permita en la legislación interna del país de que se trate. Pero en otros países, no hay ninguna garantía legal de que los comitentes lleguen a ser reconocidos como padres legales del nacido.

A continuación, profundizaremos en la situación legal de los países más próximos de nuestro entorno europeo, así como de aquéllos cuyo régimen legislativo destaca por las especialidades concretas en la materia, lo cual permitirá determinar la tendencia internacional en la materia, así como extrapolar a la legislación española los aspectos, requisitos, límites y

³⁴⁷ “Právo: No one wants Czech child born to surrogate mother”. *Prague Daily Monitor*, 2015. Disponible en: <<http://praguemonitor.com/2015/08/13/pr%C3%A1vo-no-one-wants-czech-child-born-surrogate-mother>>. Última consulta: 26/08/2016.

condiciones que se consideren interesantes a los efectos de una necesaria posible regulación en el futuro de la gestación por sustitución en España.

5.1. Países que prohíben la gestación por sustitución.

5.1.1. Alemania.

En Alemania, está prohibida la gestación por sustitución, pero no sancionándose en ninguna disposición legal ni a la gestante, ni a los padres de intención³⁴⁸.

Los artículos 1 y 2 de la Ley alemana para la Protección de Embriones (ESchG) de 1990³⁴⁹ castigan a los profesionales médicos que hagan un uso inadecuado de embriones humanos y de técnicas de reproducción asistida dirigidas a la paternidad subrogada³⁵⁰, eximiendo expresamente de responsabilidad a la donante del ovocito, y los artículos 13c, 13d, 14 y 14b de la Ley alemana de Adopciones y de Prohibición en la Intermediación de la Gestación por Sustitución (AdVermiG) de 1976³⁵¹, establecen sanciones consistentes en penas de prisión de hasta tres años o multa para todos aquellos que intermedien o publiciten servicios relacionados con el proceso de la gestación por sustitución, pero también se exime expresamente de responsabilidad tanto a la gestante como a los padres de intención.

Si se llevase a cabo un proceso de gestación subrogada en territorio germano, no se conseguiría la determinación de la filiación a favor de los

³⁴⁸ GÖTZE, V., *Kollisionsrechtliche Probleme der Leihmutterchaft*. Editorial Dekan Fachbereich Rechtspflege - Berlin School of Economics and Law. Berlín, 2015. Pág. 6.

³⁴⁹ *Gesetz zum Schutz von Embryonen (ESchG)*, de 13 de diciembre de 1990. Disponible en: <<http://www.auswaertiges-amt.de/cae/servlet/contentblob/480804/publicationFile/5162/EmbryoProtectionAct.pdf>>. Última consulta: 04/05/2016.

³⁵⁰ Se sanciona con penas de hasta tres años de prisión o multa a todos aquellos que usen técnicas de reproducción asistida con el objetivo de conseguir el embarazo una mujer que no sea aquella de la que procede el óvulo, especialmente, si la intención de la misma es entregar a su hijo de forma permanente tras el nacimiento (madre subrogada).

³⁵¹ *Gesetz über die Vermittlung der Annahme als Kind und über das Verbot der Vermittlung von Ersatzmüttern (AdVermiG)*, de 2 de julio de 1976. Disponible en: <https://www.bundesjustizamt.de/DE/SharedDocs/Publikationen/BZAA/AdVermiG_en.pdf?__blob=publicationFile&v=2> y <http://www.gesetze-im-internet.de/advermig_1976/BJNR017620976.html>. Última consulta: 04/05/2016.

padres intencionales, ya que conforme a lo dispuesto en el Código Civil alemán (BGB) de 1896³⁵² se considerará madre legal del niño a quién dio a luz (art. 1591 BGB) y padre al esposo de ésta, o bien a quién haya reconocido expresamente la paternidad³⁵³, o a aquél a quién se le haya atribuido judicialmente la misma (art. 1592 BGB), estando contemplado que un contrato de gestación por sustitución no se equiparará en ningún caso a un procedimiento de adopción (art. 1 AdVermiG).

En relación con los procedimientos llevados a cabo en el extranjero, la Corte Federal de Justicia alemana (BGH), en sentencia XII ZB 463/13, de 10 de diciembre de 2014³⁵⁴, tuvo que entrar a decidir si, a pesar de la prohibición de la subrogación en Alemania y teniendo en cuenta el interés superior del menor, debería reconocerse una sentencia extranjera que concedía la paternidad directamente a los padres intencionales de un niño nacido como consecuencia de la gestación por sustitución, que eran una pareja alemana del mismo sexo inscrita en el Registro de Parejas de Hecho.

El fallo consideró que no podía rechazarse el reconocimiento de la sentencia californiana apelando al orden público alemán, ni la inscripción de la filiación del niño a favor del padre intencional que era a la vez el padre biológico del menor, ni tampoco la inscripción como segundo progenitor a favor del inscrito como pareja de hecho del mismo, y más teniendo en cuenta que la gestante estaba soltera cuando dio a luz y que no tenía ninguna vinculación genética con el bebé, puesto que el ovocito procedía de una donante anónima, por lo que ordenó a la oficina del Registro Civil registrar el nacimiento con los dos apelantes como padres legales conjuntos del niño.

³⁵² *Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB)*, de 18 de agosto de 1896. Disponible en: <https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/german_civil_code.pdf>. Última consulta: 04/05/2016.

³⁵³ Pero para dicho reconocimiento se deberá contar con la aprobación expresa de la madre, o el del niño si la madre no cuenta con la custodia parental al respecto (art. 1595 BGB).

³⁵⁴ *Federal Court of Justice (Bundesgerichtshof)* (10/12/2014) XII ZB 463/13. Disponible en: <<http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=69759&pos=0&anz=1>>. Última consulta: 04/05/2016.

Antes de esta sentencia, se mostraba una tendencia por parte de los tribunales ordinarios alemanes a rechazar las resoluciones judiciales extranjeras relativas a la gestación por sustitución apelando a la violación del orden público³⁵⁵, como, entre otras, en la sentencia 1 W 413/12, de 1 de agosto de 2013, dictada por el Tribunal Regional Superior de Berlín³⁵⁶ o en la sentencia 11 L 396/09, de 26 de noviembre de 2009, dictada por el Tribunal Administrativo de Berlín³⁵⁷.

Pero dicha sentencia de la Corte Federal de Justicia alemana no ha supuesto una aceptación generalizada de las resoluciones extranjeras, sino que ha dejado abierta la posibilidad de pronunciamientos en diferentes sentidos para el caso de que la gestante se halle casada en el momento del alumbramiento, o para el caso de que ninguno de los padres intencionales tenga una vinculación genética con el menor nacido.

5.1.2. Francia.

La gestación por sustitución está prohibida expresamente por la Ley n° 94-653, de 29 de julio de 1994, sobre el Respeto al Cuerpo Humano³⁵⁸, que modificó, entre otros, los artículos 16-1 y 16-7 del Código Civil francés³⁵⁹, ambos ubicados en el capítulo II de dicho Código Civil, todos cuyos preceptos tienen consideración de normas de orden público³⁶⁰.

³⁵⁵ VON HEIN, J.: "German Federal Court of Justice on Surrogacy and German Public Policy". Conflict of Laws.net. News and Views in Private International Law. Marzo 2015. Disponible en: <<http://conflictoflaws.net/2015/german-federal-court-of-justice-on-surrogacy-and-german-public-policy/>>. Última consulta: 04/05/2016.

³⁵⁶ *Higher Regional Court Berlin (Kammergericht Berlin)* (01/08/2013) 11 L 396/09. Disponible en: <<http://www.berlin.de/gerichte/presse/pressemitteilungen-der-ordentlichen-gerichtsbarkeit/2013/pressemitteilung.426256.php>>. Última consulta: 05/05/2016.

³⁵⁷ *Administrative Court Berlin (Verwaltungsgericht Berlin)* (26/11/2009) 1W 413/12. Disponible en: <<https://www.berlin.de/gerichte/verwaltungsgericht/presse/pressemitteilungen/2009/pressemitteilung.424367.php>>. Última consulta: 05/05/2016.

³⁵⁸ *Loi n° 94-653, du 29 juillet 1994, relative au respect du corps humain. Version consolidée au 19 août 2016.* Disponible en: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000549619>>. Última consulta: 19/08/2016.

³⁵⁹ *Code civil. Version consolidée au 1 juillet 2016.* Disponible en: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20160715>>. Última consulta: 15/07/2016.

³⁶⁰ Tal y como establece expresamente el art. 16-9 Código Civil francés.

El artículo 16-1 establece que ni el cuerpo humano, ni sus elementos o productos podrán ser objeto de un derecho patrimonial. Y el 16-7 sanciona expresamente con la nulidad de pleno derecho todo acuerdo relativo a la procreación o a la gestación por cuenta de otro.

Asimismo, el artículo 227-12 del Código Penal francés³⁶¹, castiga con un año de cárcel y multa de quince mil euros el acuerdo efectuado entre una persona o una pareja que deseen acoger a un niño y una mujer que lo geste para ellos. Si los hechos se cometen habitualmente o con fines de lucro, las penas se duplican.

Y el artículo 227-13 sanciona con penas de tres años de prisión y cuarenta y cinco mil euros de multa, la sustitución voluntaria, simulación u ocultación que cause una violación del estado civil de un niño.

Con las mismas penas se sancionan dichos delitos en el grado de tentativa.

Ante la prohibición en Francia de la gestación por sustitución, algunas parejas francesas recurrían a países extranjeros donde sí estaba permitida, pero encontrando en muchas ocasiones dificultades para lograr la transcripción de los certificados de nacimiento en los Registros del estado civil consulares correspondientes a los efectos de reconocimiento de la filiación de sus hijos nacidos a partir de dicha técnica³⁶².

En este sentido, la jurisprudencia francesa denegaba en la mayoría de los supuestos³⁶³ la transcripción de los certificados de nacimiento extranjeros

³⁶¹ *Code pénal. Version consolidée au 1 juillet 2016.* <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20160715>>. Última consulta: 15/07/2016.

³⁶² SERVICE DES ÉTUDES JURIDIQUES (SENAT DE LA FRANCE), “Étude de législation comparée n° 182 - janvier 2008 - La gestation pour autrui”, 2018. <<https://www.senat.fr/lc/lc182/lc1820.html>>. Última consulta: 06/05/2016.

³⁶³ Véanse, por ejemplo, la sentencia núm. 281, de 19 de marzo de 2014 (13-50.005), disponible en: <https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/281_19_28731.html>; la núm. 1091, de 13 de septiembre de 2013 (12-30.138), disponible en: <https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/1091_13_2717>

derivados de procesos de gestación por sustitución al considerar que dicha práctica suponía fraude de ley y vulneración del orden público francés.

No obstante, parte de la doctrina consideraba que también es necesario velar por el interés superior del menor, que podría resultar especialmente perjudicado si se le priva de su derecho a la identidad y a la filiación, y que no debería existir ningún problema ni para el niño, ni para la gestante, ni para los padres intencionales si la gestación por sustitución se encuentra bien regulada³⁶⁴, ni tampoco los contratos tienen porqué contravenir el orden público francés, si consideramos que la gestación por sustitución no implica una cesión o venta de un niño, sino la de un derecho³⁶⁵.

Hasta el año 2013, el Tribunal Supremo reafirmó su rechazo a la transcripción en los Registros del estado civil consulares franceses de las partidas de nacimiento de niños nacidos de gestantes subrogadas en el extranjero³⁶⁶. Pero las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), de 26 de junio de 2014, en los casos *Mennesson*³⁶⁷ y *Labassee* contra Francia³⁶⁸, que veremos más adelante, condenaron a Francia por no transcribir tales actos.

Tras la condena a Francia por parte de las sentencias del TEDH, el Tribunal Supremo francés (Corte de Casación), en asamblea plenaria de 3 de julio de 2015, dictó las sentencias núm. 619 (14-21.323)³⁶⁹ y la núm. 620 (15-

1.html>; o la núm. 1092, de 13 de septiembre de 2013 (12-18.315), disponible en: <https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/1092_13_2717_2.html>, dictadas todas ellas por la Primera Cámara Civil de la Corte de Casación francesa. Últimas consultas: 15/07/2016.

³⁶⁴ NEURAZ, A., "La gestation pour autrui en France et dans le monde", *La Lettre du Gynécologue*, Núm. 371. Edimark. Courbevoie Cedex (Francia), 2012. Pág. 33.

³⁶⁵ CATTO, M.X., "La gestation pour autrui: d'un problème... ", cit., disponible en: <<http://revdh.revues.org/201>>. Última consulta: 15/07/2016.

³⁶⁶ CAHEN, M., "Gestation pour autrui. L'arrêt "Mennesson & Labassee c/ France" rendu par la CEDH le 26 juin 2014", 2014. Disponible en: <<http://www.murielle-cahen.com/publications/gestation.asp>>. Última consulta: 19/08/2016.

³⁶⁷ *Arrêt en l'affaire Mennesson c. France*, 26 juin 2014. *Cour européenne des droits de l'homme*. Disponible en: <

³⁶⁸ *Arrêt en l'affaire Labassee c. France (Requête no 65941/11)*, 26 juin 2014. *Cour européenne des droits de l'homme (Cinquième Section)*.

³⁶⁹ *Arrêt n° 619 du 3 juillet 2015 (14-21.323)*, *Cour de cassation, Assemblée plénière -cassation partielle-*. Disponible en:

50.002)³⁷⁰, que suponen el definitivo cambio en la tendencia jurisprudencial francesa en la materia.

En ambas, nos encontramos ante el supuesto de sendos niños nacidos en Rusia a través de procedimientos de gestación subrogada, en cuyos certificados de nacimiento se hizo constar al respectivo comitente francés como padre del menor, y a la gestante rusa que dio a luz como la madre.

En ambos fallos, la Corte de Casación establece que en base a la legislación francesa, no se puede denegar la inscripción de un certificado de nacimiento en el Registro del estado civil consular, salvo que se aprecie que es irregular, está falsificado o que los hechos transcritos en los mismos no se corresponden con la realidad³⁷¹, como no era el caso, pese a que los nacimientos deriven de sendos convenios de gestación por sustitución, ordenando por tanto la inscripción de los mismos.

5.1.3. Italia.

El artículo 12.6 de la Ley núm. 40, de 19 de febrero de 2004, sobre Normas en materia de Procreación Médicamente Asistida³⁷², establece que cualquier persona que produzca, intermedie o anuncie la venta de gametos o embriones o la gestación por sustitución, será castigado con penas de prisión de entre tres meses y dos años, así como multas de entre seiscientos mil hasta un millón de euros. De la interpretación de dicho artículo se desprende que, no sólo los profesionales que intervienen en el acuerdo, sino también los padres intencionales como la gestante, podrán ser sancionados en base al mismo³⁷³.

https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/assemblee_pleniere_22/619_3_32230.html.

Última consulta: 15/07/2016.

³⁷⁰ *Arrêt n° 620 du 3 juillet 2015 (15-50.002), Cour de cassation, Assemblée plénière -rejet-*. Disponible en:

https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/assemblee_pleniere_22/620_3_32232.html.

Última consulta: 15/07/2016.

³⁷¹ Tal y como resulta del art. 47 del Código Civil francés.

³⁷² Ley n° 40, de 19 de febrero de 2004, sobre Normas en materia de Procreación Médicamente Asistida. Disponible en: <http://www.ieb-eib.org/nl/pdf/loi-pma-italie-english.pdf>. Última consulta: 31/08/2016.

³⁷³ ZACCARIA, A., *Comentario breve al Diritto della familia*. CEDAM-Wolters Kluwer. Milano (Italia), 2011. Pág. 1828-1834.

Por tanto, están prohibidos en Italia todo tipo de acuerdos de gestación por sustitución, ya sean gestacionales como tradicionales, comerciales como altruistas³⁷⁴.

Dicha Ley italiana sigue manteniendo la prohibición de la fecundación heteróloga en su artículo 4.3, por lo que no se podrá acudir en Italia a la donación de gametos por parte de donantes ajenos a la pareja³⁷⁵.

En cuanto al establecimiento del derecho de filiación en la legislación italiana, el artículo 269 del Código Civil italiano³⁷⁶ contiene una presunción de maternidad a favor de la mujer que da a luz al nacido, que no es rebatida ni contrariada en ningún otro texto legal italiano³⁷⁷.

Por lo que respecta al padre, el artículo 231 del Código Civil establece una presunción de paternidad de los hijos concebidos durante el matrimonio a favor del marido. Sin embargo, si el padre genético no estuviera casado, podrá reconocer al niño con una mera declaración personal que le conferirá todos los efectos legales de paternidad del niño, lo que también podría operar en el ámbito de la gestación subrogada con respecto al padre intencional³⁷⁸.

Los padres intencionales podrían proceder por la vía de la adopción tras el nacimiento y entrega del niño a su favor, para lo cual deberían seguir el estricto procedimiento de adopción establecido en la Ley de 4 de mayo de 1983³⁷⁹, sobre el Derecho del Menor a una Familia, el cual no requiere que exista conexión genética entre los adoptantes y el adoptado, pero sí que los adoptantes estén casados. Tan sólo se permite la posibilidad de adoptar a

³⁷⁴ AMOROSI, V., "6.6. Italy", en BRUNET, L. (Dir.), *A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States*. European Parliament, European Union, 2013. Pág. 294.

³⁷⁵ FARNOS AMOROS, E., "European Society of Human Reproduction and Embryology 26th Annual Meeting. Roma, 27-30 de junio, 2010". *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3/2010. Barcelona, 2010. Pág. 8-9.

³⁷⁶ Il Codice Civile Italiano, R.D. 16 marzo 1942, n. 262 Approvazione del testo del Codice Civile. Disponible en: <http://www.jus.univr.it/cardoza/obiter_dictum/codciv/Codciv.htm>. Última consulta: 31/08/2016.

³⁷⁷ AMOROSI, V., "6.6. Italy...", cit., pág. 296.

³⁷⁸ *Ibid.*, pág. 297.

³⁷⁹ *Legge 4 maggio 1983, n. 184. Diritto del minore ad una famiglia*. Disponible en: <http://www.camera.it/_bicamerale/leg14/infanzia/leggi/legge184%20de%201983.htm>. Última consulta: 31/08/2016.

personas individuales: a) si el cónyuge se ha separado o enviudado durante el proceso de adopción; b) si el cónyuge desea adoptar al hijo de su consorte; o c) si el adoptante está relacionado familiarmente con el adoptado.

La adquisición de la nacionalidad italiana se basa en el *ius sanguinis*, por lo que el hijo de padres italianos, adquirirá la nacionalidad italiana. También podrán adquirirla los ciudadanos extranjeros a través del matrimonio con un nacional de Italia, o bien por la residencia en el país.

Ante la completa prohibición de la gestación por sustitución y el vacío legal en relación con las consecuencias legales de acuerdos de gestación llevados a cabo por ciudadanos italianos en el extranjero, existe jurisprudencia relacionada mayoritariamente con el reconocimiento en Italia de dicho tipo de acuerdos transfronterizos³⁸⁰.

Destaca en relación con este país la sentencia de la segunda sección del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), de 27 de enero de 2015, en el asunto *Paradiso y Campanelli contra Italia*³⁸¹, en la que los comitentes tuvieron un hijo por gestación subrogada pero que, a diferencia de lo que sucedía en los casos *Labassee y Mennesson contra Francia*, se acreditó que el niño carecía de vinculación genética con ninguno de ellos.

En esta sentencia, en la que profundizaremos en el apartado correspondiente a jurisprudencia, el Tribunal no abordó la legitimidad de la subrogación, sino tan solo el modo en que se arrebató al niño de sus padres de intención, que supuso una vulneración de su derecho a la vida privada y familiar y, con ello, del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos

³⁸⁰ Como la sentencia del Tribunal de lo Civil de segunda instancia de Bari, de fecha 13 de febrero de 2009, en que un matrimonio formado por un esposo británico y una esposa italiana, suscribieron dos acuerdos de gestación por sustitución en Reino Unido, y la madre intencional pretendía y obtuvo el reconocimiento legal a su favor de la filiación de los dos niños nacidos a través de dicha técnica. O la sentencia dictada por el Tribunal de lo Civil de primera instancia de Nápoles, de fecha 1 de julio de 2011, en que un padre intencional con vinculación genética con los dos niños nacidos a través de un acuerdo de gestación subrogada en Colorado (EEUU), pretendía y también obtuvo el reconocimiento de su paternidad legal de los menores. En AMOROSI, V., "6.6. Italy...", cit., pág. 298- 299.

³⁸¹ *Case of Paradiso and Campanelli v. Italy (Application no. 25358/12), 27 January 2015. European Court of Human Rights (Second Section).*

Humanos³⁸². No obstante, pese a apreciar la existencia del perjuicio ocasionado a los comitentes, no ordenó al Estado italiano devolverles al niño por considerar que deben estimarse los lazos emocionales que éste indudablemente debe haber desarrollado con la familia adoptiva con la que llevaba conviviendo desde el año 2013³⁸³.

Con respecto a Italia mencionaremos finalmente la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso “*X and Y against Italy*”³⁸⁴, de fecha 16 de septiembre de 2014, que constituye un supuesto de gestación heteróloga por error y que, dependiendo de la decisión que hubiera adoptado el alto Tribunal podría haber constituido un supuesto de gestación por sustitución.

En dicho caso, dos familias se estaban sometiendo a sendos tratamientos de reproducción asistida en un hospital público de Roma, el cual, por error, implantó los embriones generados con los gametos de uno de los matrimonios en el útero de la mujer de la otra pareja, que quedó embarazada de gemelos. Cuando el matrimonio con cuyos gametos se había alcanzado el embarazo tuvo conocimiento de dichos hechos, reclamó la filiación de los menores y ser considerados padres biológicos de los mismos, pese a que era otra mujer quien estaba gestando a los niños. Dicha reclamación les fue denegada por los órganos jurisdiccionales italianos, sobre la base de que, conforme al Código Civil italiano, madre es la mujer que da a luz³⁸⁵.

Posteriormente, invocando el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos, los integrantes de dicho matrimonio reclamaron ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que les fuera reconocido que se había

³⁸² PUPPINCK, G., “Paradiso and Campanelli v Italy: The ECHR Validates the Sale of a Child Through Surrogacy”, *Revue Lamy Droit Civil (RLDC)*, núm. 126, 2015. Pág. 41-45.

³⁸³ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, “Questions and Answers on the Paradiso and Campanelli v. Italy judgment (27 January 2015)”, 2015. Disponible en: <http://www.echr.coe.int/Documents/Press_Q_A_Paradiso_and_Campanelli_ENG.pdf>. Última consulta: 31/08/2016.

³⁸⁴ *Application no. 41146/14. X and Y against Italy. European Court of Human Rights (Second Section)*. 16 septiembre 2014.

³⁸⁵ Pudiéndose considerar cuestionable en el presente supuesto la aplicación sin más de dicha regla que determina la maternidad en base al hecho del parto, siendo que ni existía un contrato de gestación por sustitución, ni de donación de gametos o embriones, ni de una procreación querida como heteróloga. En NANCLARES VALLE, J., “La filiación en caso de gestación heteróloga por error”. *Actualidad Civil*, núm. 7, 2015. Editorial La Ley. Madrid, 2015.

producido una violación de su derecho a la vida privada y familiar, dado que sus embriones habían sido implantados por error por el hospital italiano en el útero de otra mujer y solicitaban, por tanto, que les fuera reconocido su estatus de padres biológicos de los gemelos nacidos del tratamiento de reproducción asistida. No obstante, el alto Tribunal no entró a juzgar sobre el fondo del asunto en dicha sentencia, ya que consideró que los demandantes no habían agotado la vía jurisdiccional interna, tal y como resulta del artículo 35.1 de la Convención.

5.1.4. Suiza.

El artículo 119 de la Constitución Federal de la Confederación Helvética³⁸⁶ de 1999, garantiza la protección frente a malos usos en el campo de la medicina reproductiva y tecnología genética, así como el derecho de toda persona a tener acceso a los datos relativos a su ascendencia. Tan sólo permite emplear los procesos de reproducción asistida en aquéllos supuestos en los que, debido a infertilidad o riesgo de transmisión de una enfermedad grave, no exista otra solución posible, declarando la ilicitud de determinadas prácticas como la clonación humana o la selección embrionaria para interferir en las características del futuro niño, salvo que dicha selección se efectúe a los solos efectos de evitar la transmisión de serias e incurables enfermedades al nacido.

Tampoco permite desarrollar más embriones fuera del cuerpo humano que los estrictamente necesarios para llevar a cabo la reproducción asistida.

La gestación por sustitución y la donación o comercio de ovocitos y embriones se hallan expresamente prohibidos en el artículo 119.2.d y 119.2.e, así como en el artículo 4 de la Ley federal suiza sobre Reproducción

³⁸⁶ *Federal Constitution of the Swiss Confederation*, de 18 de abril de 1999. Disponible en: <<https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19995395/index.html>>. Última consulta: 02/05/2016.

Medicamento Asistida (RMA)³⁸⁷ de 1998, la cual también prevé sanciones consistentes en penas de prisión o multa (art. 31 RMA)³⁸⁸ para aquellos que usen técnicas de reproducción asistida en madres subrogadas y para quienes actúen como intermediarios, pero no castiga a la gestante.

En cuanto a la maternidad, tal y como se desprende de lo dispuesto en el artículo 252.1 del Código Civil suizo (ZGB)³⁸⁹ de 1907, y al igual que sucede en España, vendrá determinada por el parto³⁹⁰. Por lo que será la gestante la considerada como madre legal del nacido a todos los efectos. En cuanto a la paternidad, el Código Civil suizo recoge una presunción a favor del esposo de la madre del menor, aunque también cabe por reconocimiento expreso del padre, por resolución judicial o por adopción (art. 252-ss. ZGB).

Pese a la prohibición, existe una tendencia hacia la inscripción en Suiza de los nacimientos producidos en el extranjero a través gestación por sustitución, pese a estar prohibida dicha técnica en el país helvético, apelando al respeto de las normas internacionales de reconocimiento de resoluciones extranjeras en materia de filiación y por la necesaria protección del interés superior del menor³⁹¹.

En este sentido, el Tribunal Administrativo del cantón de Saint Gallen mediante sentencia de 19 de agosto de 2014³⁹², a pesar de que conforme al

³⁸⁷ *Federal Act on Medically Assisted Reproduction (RMA)*, de 18 de diciembre de 1998. <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/20001938/index.html>. Última consulta: 02/05/2016.

³⁸⁸ Para concretar las sanciones aplicables, habrá que estar a lo dispuesto en el art. 333 del Código Penal suizo, de 21 de diciembre de 1937, de aplicación a las disposiciones generales contenidas en otras leyes federales suizas. *Swiss Criminal Code*. En vigor desde el 1 de enero de 1942. <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19370083/index.html>. Última consulta: 02/05/2016.

³⁸⁹ *Schweizerisches Zivilgesetzbuch (ZGB)*, de 10 de diciembre de 1907. Disponible en: <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19070042/index.html>. Última consulta: 02/05/2016.

³⁹⁰ BERTSCHI, N., "Leihmutterschaft. Theorie, Praxis und rechtliche Perspektiven in der Schweiz, den USA und Indien", *Rebels Zeitschrift fuer auslaendisches und internationales Privatrecht*, 80(1). Bern, 2014. Pág. 188-191.

³⁹¹ OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE (OFJ), "Rapport du Conseil fédéral du 29 novembre 2013, en exécution du postulat 12.3917 du 28 septembre 2012", 2013. Disponible en: <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2013/2013-11-29/ber-br-f.pdf>. Última consulta: 06/05/2016.

³⁹² *Administrative Court of Saint Gallen (Verwaltungsgericht St. Gallen)* (19/08/2014) B 2013/158. Disponible en:

Código Civil suizo los considerados padres legales del nacido son la gestante y su esposo, apelando al interés superior del menor y en base al reconocimiento de adopciones extranjeras u otros actos semejantes establecida en el artículo 78.2 de la Ley federal sobre Derecho internacional privado (IPRG)³⁹³ de 1987, aceptó la validez e inscribió un certificado de nacimiento californiano que registró a dos hombres como padres legales de un niño nacido el año 2011 en Estados Unidos a través de dicha técnica, tras haberse seguido en California el oportuno procedimiento judicial en el que la gestante y su esposo renunciaron a sus derechos paterno-filiales o a cumplir con sus responsabilidades parentales. Pero dicha resolución del Tribunal de Saint Gallen fue recurrida por el Departamento federal de Justicia y Policía³⁹⁴ ante el Tribunal Federal suizo, al considerar que, en base a la legislación suiza, tan solo podía permanecer inscrito como padre biológico del niño el padre de intención que aportó su material genético, haciendo constar en la inscripción a la gestante como madre del niño, así como una mención al esposo de ésta, y señalar que el ovocito procedía de una donante anónima, todo ello con la finalidad de garantizar el derecho constitucional del niño a conocer sus orígenes.

El Tribunal Federal suizo resolvió mediante la sentencia 5A_748/2014 de 21 de mayo de 2015 (141 III 312)³⁹⁵, apelando a los valores éticos y legales, reiterando la prohibición de la gestación por sustitución, pero reconociendo la resolución californiana al tener uno de los progenitores vinculación genética con el niño gestado mediante maternidad subrogada, pero manteniendo tan sólo la inscripción registral de éste como padre del niño, no pudiendo acceder a la paternidad el otro padre de intención al no estar permitida en Suiza la

<<http://www.gerichte.sg.ch/home/dienstleistungen/rechtsprechung/verwaltungsgericht/entscheid-e-2014/b-2013-158.html>>. Última consulta: 05/05/2016.

³⁹³ *Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG)*, de 18 de diciembre de 1987. <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19870312/index.html>. Última consulta: 02/05/2016.

³⁹⁴ "Leihmutterchaft: BJ zieht Urteil ans Bundesgericht weiter". Página oficial Confederación Helvética. Septiembre 2014. Disponible en: <<https://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=de&msg-id=54606>>. Última consulta: 02/05/2016.

³⁹⁵ *Urteil 5A_748/2014, de 21 de mayo de 2015 (141 III 312) der II. zivilrechtlichen Abteilung i.S. Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement gegen A.B. und Mitb. (Beschwerde in Zivilsachen)*.

http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?lang=de&zoom=&type=show_document&highlight_docid=atf%3A%2F%2F141-III-312%3Ade. Última consulta: 03/05/2016.

adopción conjunta por integrantes de uniones de hecho³⁹⁶, sino tan sólo a matrimonios heterosexuales (art. 264a ZGB)³⁹⁷, pese a que ello pueda afectar a los derechos del niño y de los padres en caso de separación o de ruptura del vínculo entre los progenitores³⁹⁸.

Mediante posterior sentencia de 14 de septiembre de 2015 (141 III 328)³⁹⁹, el Tribunal Federal suizo entró a decidir sobre un caso en que no se pudo atribuir la filiación de dos gemelos nacidos a través de la gestación por sustitución en California por no tener vinculación genética con ninguno de los padres de intención, al proceder los gametos utilizados para la fecundación de donantes anónimos, debiendo acudir los padres intencionales a la vía de la adopción para poder cerrar la relación paterno-filial con sus hijos. Esta sentencia apela a la necesaria protección de los derechos del niño desde su entrada en Suiza hasta que se formalice su adopción para que no se encuentre en situación apátrida ni sufra ningún tipo de discriminación conforme a lo dispuesto en la Convención sobre los Derechos del Niño⁴⁰⁰ de 1989.

5.2. Países que no la regulan expresamente.

5.2.1. Austria.

En Austria, no existe ninguna mención expresa a la gestación por

³⁹⁶ SCHWENZER, I. y KELLER, T.: “*National Report:Switzerland*”. Informal Relationships. Commission on European Family Law. Disponible en: <<http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Switzerland-IR.pdf>>. Última consulta: 05/05/2016.

³⁹⁷ En Suiza sólo se permite contraer matrimonio a parejas heterosexuales (art. 90-ss. ZGB), estando reservadas las uniones de hecho únicamente a parejas integradas por personas del mismo conforme a lo dispuesto en la Ley federal sobre la Unión Registrada de Parejas del Mismo Sexo (PartG), de 18 de junio de 2004 (Disponible en: <<https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20022194/index.html>>. Última consulta: 05/05/2016).

³⁹⁸ CORK, M.: “Swiss court refuses to recognise surrogacy”. *BioEdge. Bioethic news from around the world*. Agosto 2015. Disponible en: <<http://www.bioedge.org/bioethics/swiss-court-refuses-to-recognise-surrogacy>>. Última consulta: 02/05/2016.

³⁹⁹ *Urteil 5A_443/2014, de 14 de septiembre de 2015 (141 III 328) der II. zivilrechtlichen Abteilung i.S. A.A. und B.A. gegen Departement Volkswirtschaft und Inneres des Kantons Aargau (Beschwerde in Zivilsachen)*. Disponible en: <http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?lang=de&zoom=&type=show_document&highlight_docid=atf%3A%2F%2F141-III-328%3Ade>. Última consulta: 03/05/2016.

⁴⁰⁰ Convención sobre los Derechos del Niño de la Organización de las Naciones Unidas, 20 de noviembre de 1989. Disponible en: <<http://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>>. Última consulta: 05/05/2016.

sustitución, pero tampoco ninguna prohibición o sanción concreta al respecto, ni siquiera en la Ley austriaca 275/1992, sobre Medicina Reproductiva⁴⁰¹ que tan sólo contiene menciones a técnicas de reproducción asistida en general.

No obstante, está prohibida en la práctica, ya que en caso de que se llevase a cabo un proceso de gestación subrogada en dicho país, no se conseguiría inscribir la filiación del nacido a favor de los padres intencionales, ya que el artículo 143 del Código Civil austriaco (ABGB)⁴⁰² establece que la madre de un niño será siempre la mujer que dio a luz, por lo que sería a la gestante a quién se le atribuirá en todo caso la filiación del menor y no a los padres intencionales.

Por otra parte, conforme al art. 144 ABGB el padre del niño será el hombre que esté casado con la madre en el momento del nacimiento o que lo hubiere estado y hubiese fallecido como máximo 300 días antes del nacimiento, o aquél que expresamente reconozca la paternidad o se le hubiera atribuido judicialmente. En el caso de parejas homosexuales de dos mujeres, el artículo 144.2 ABGB también admite la posibilidad de atribuir la filiación a la pareja de hecho femenina de la madre en el momento del nacimiento, o bien que reconozca la filiación del nacido, o que se le atribuya mediante resolución judicial.

El 30 de julio de 2013 se introdujo una modificación al artículo 7 de la Ley austriaca 311/1985, sobre Ciudadanía⁴⁰³, con la finalidad de que, si en el momento del nacimiento del niño la madre o el padre ostentan la nacionalidad austriaca, el nacido pueda adquirir dicha nacionalidad por *ius sanguinis*,

⁴⁰¹ *Bundesgesetz mit dem Regelungen über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung getroffen (FMedG)*, de 4 de junio de 1992. Disponible en: <<https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10003046>>. Última consulta: 03/05/2016.

⁴⁰² *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (ABGB)*. Publicado en el Boletín Oficial austriaco Núm. 946/1811, de 1 de junio de 1811. Disponible en: <<https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10001622>>. Última consulta: 03/05/2016.

⁴⁰³ *Bundesgesetz über die österreichische Staatsbürgerschaft (StbG)*, de 30 de julio de 1985. Disponible en: <<https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10005579&ShowPrintPreview=True>>. Última consulta: 05/05/2016.

independientemente de que haya sido concebido dentro o fuera del matrimonio. Asimismo, se añadió la previsión de reconocimiento de la nacionalidad austriaca a niños nacidos en el extranjero si uno de sus progenitores era austríaco y también la atribución de la nacionalidad al niño en otros casos en los que, de no atribuirle, se produciría en el mismo la condición de apátrida, lo cual proporciona unas soluciones más claras a los supuestos de adquisición de la nacionalidad austriaca a niños nacidos de madres extranjeras a través de la gestación por sustitución.

Dicha modificación legal se produjo como consecuencia de la sentencia G 66/12-7, G 67-12/7 dictada por el Tribunal Constitucional austriaco el 29 de noviembre de 2012⁴⁰⁴, en la que el citado tribunal anuló la denegación de la nacionalidad austriaca a unos niños nacidos fuera del matrimonio, hijos de padre austriaco, al considerar que el requisito de que ambos padres ostenten la nacionalidad austriaca supone una discriminación a los menores conforme a lo previsto en los artículos 8 y 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (ECHR) de 1950⁴⁰⁵.

En la sentencia B 13/11 de 14 de diciembre de 2011⁴⁰⁶, el Tribunal Constitucional austriaco tuvo que decidir en un caso relativo a la gestación por sustitución, en el que se atribuyó la nacionalidad austriaca a dos niños nacidos en el estado de Georgia (EEUU) a través de dicha técnica, cuyos padres intencionales y genéticos eran austriacos, y a los que se atribuyó la filiación en la resolución judicial estadounidense. Cuando la madre intencional solicitó las prestaciones por maternidad en Viena, el Ministro del Interior austriaco exigió que se retirase o anulase la concesión de la nacionalidad a los niños alegando que la gestación por sustitución es ilegal en Austria y que, por tanto, la

⁴⁰⁴ *Verfassungsgerichtshof* G 66/12, de 29 de noviembre de 2012. Disponible en: <https://www.vfgh.gv.at/cms/vfgh-site/attachments/3/2/4/CH0006/CMS1361283227334/staatsbuergerschaftsg_g66-7.12.pdf>. Última consulta: 05/05/2016.

⁴⁰⁵ Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950. Disponible en: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf>. Última consulta: 06/05/2016.

⁴⁰⁶ *Verfassungsgerichtshof* B 13/11, de 14 de diciembre de 2011. Disponible en: <https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/Vfgh/JFR_09888786_11B00013_2_01/JFR_09888786_11B00013_2_01.pdf>. Última consulta: 05/05/2016.

sentencia de atribución de la filiación a la madre intencional no podía ser reconocida, y que la maternidad de los niños correspondía a la gestante que los dio a luz.

El Tribunal Constitucional austriaco rechazó el argumento del Ministro del Interior por cuatro motivos. En primer lugar⁴⁰⁷, sostuvo que la sentencia estadounidense atribuyendo la filiación de los menores a la madre intencional se efectuó sin mención a la Ley austriaca y era válida conforme a las normas de Derecho internacional privado. En segundo lugar, rechazó que la gestación por sustitución vulnera el orden público austriaco, ya que la Ley sobre Medicina Reproductiva no ostenta ni estatus constitucional ni protege derechos fundamentales. En tercer lugar, alegó que la gestante no podía ser forzada a adoptar la posición de madre legal contra su voluntad apelando a la legislación austriaca. Y, finalmente, señaló que el Ministro del Interior adoptó una decisión arbitraria, pasando por alto la jurisprudencia y la doctrina sobre orden público, y descuidando por completo la protección del interés superior de los menores en caso de retirarles la nacionalidad austriaca⁴⁰⁸.

5.2.2. Bélgica.

Actualmente, no existe en Bélgica ningún marco legal claramente definido para la gestación por sustitución⁴⁰⁹. Ni la Ley belga sobre Investigación *in vitro* con Embriones, de 11 de mayo de 2003⁴¹⁰, ni la relativa a la reproducción médicamente asistida y al destino de los embriones

⁴⁰⁷ BAUBÖCK, R.: "Constitutional Court confirms Austrian citizenship for children born by American surrogate mother". European Union Democracy Observatory on Citizenship. Disponible en: <<http://eudo-citizenship.eu/search-results/565-constitutional-court-confirms-austrian-citizenship-for-children-born-by-american-surrogate-mother>>. Última consulta: 06/07/2016.

⁴⁰⁸ PALMER, E.: "Austria: Reform of Citizenship Law". Global Legal Monitor. Library of Congress. Agosto 2013. Disponible en: <<http://www.loc.gov/law/foreign-news/article/austria-reform-of-citizenship-law/>>. Última consulta: 05/05/2016.

⁴⁰⁹ VERSCHULDEN, G. y VERHELLEN, J., "3. Belgium", en TRIMMINGS, K. y BEAUMONT, P. (Coord.), *International Surrogacy Arrangements. Legal Regulation at the International Level*. Hart publishing, Oxford and Portland (Oregon), 2013. Pág. 64-65.

⁴¹⁰ *Loi relative à la recherche sur les embryons in vitro* (11/05/2003). [http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/arch_a1.pl?sql=\(text+contains+\(%27%27\)\)&rech=1&language=fr&tri=dd+AS+RANK&value=&table_name=loi&F=&cn=2003051131&caller=archive&fromtab=loi&la=F&ver_arch=001](http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/arch_a1.pl?sql=(text+contains+(%27%27))&rech=1&language=fr&tri=dd+AS+RANK&value=&table_name=loi&F=&cn=2003051131&caller=archive&fromtab=loi&la=F&ver_arch=001). Última consulta: 18/07/2016.

supernumerarios y de los gametos, de 17 de julio de 2007⁴¹¹, contienen previsión alguna acerca de la gestación por sustitución. Tampoco su Código Civil de 1804⁴¹².

La nulidad de dichos contratos resulta de la ilegalidad de su objeto y de su causa, de su oposición a los principios de no disponibilidad del cuerpo humano y del estado civil, así como del derecho inalienable y no disponible de la madre que gesta y da a luz a un niño a determinar la paternidad⁴¹³, puesto que en base a lo dispuesto en el artículo 1128 del Código Civil belga no pueden ser objeto de transacción los aspectos que se hallen fuera de la disposición de las partes.

Sin embargo, gracias al vacío legal existente, algunos hospitales de Bélgica, como es el caso del hospital “Saint-Pierre”⁴¹⁴ de Bruselas, ofrecen a las parejas la posibilidad de acudir a la subrogación gestacional, estudiando caso por caso las solicitudes presentadas y autorizando, tan sólo, aquellas que impliquen acuerdos de gestación subrogada de carácter altruista.

La situación que los hospitales consideran ideal es aquella en que ambos padres intencionales se hallen ambos vinculados genéticamente con el bebé, pero en el caso de que la madre no pudiera aportar sus ovocitos, se podrá recurrir a donaciones de óvulos a dichos efectos⁴¹⁵.

Los comités éticos de los hospitales son quienes establecen en la actualidad los requisitos de acceso a la gestación subrogada, permitiendo la

⁴¹¹ *Loi relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes* (17/07/2007). Disponible en : <http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=fr&la=F&cn=2007070632&table_name=loi>. Última consulta: 18/07/2016.

⁴¹² *Code Civil*, de 21 de marzo de 1804. Disponible en : <http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/loi_a1.pl?language=fr&la=F&cn=1804032130&table_name=loi&&caller=list&fromtab=loi&tri=dd+AS+RANK>. Última consulta: 18/07/2016.

⁴¹³ HENRICOT, C., “6.2. Belgium”, en BRUNET, L. (Dir.), *A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States*, European Parliament, European Union, 2013. Pág. 206.

⁴¹⁴ *Center of assisted medical procréation, Saint Pierre University Hospital*. Disponible en : <http://www.fivette.be/index.php?option=com_content&view=article&id=61%3Ales-meres-porteuses&catid=36%3Anos-traitements-g-cas-particuliers&Itemid=67&lang=en>. Última consulta: 18/07/2016.

⁴¹⁵ HENRICOT, C., “6.2. Belgium...”, cit., pág. 207.

mayoría el acceso tan sólo a parejas heterosexuales, al requerir la existencia de indicaciones médicas relativas a la esterilidad de la madre intencional o su incapacidad para llevar un embarazo a término, como, por ejemplo, la ausencia de útero, un útero no funcional o un estado de salud de la madre intencional incompatible con el embarazo⁴¹⁶. Las mismas indicaciones médicas se han establecido en diversos proyectos de Ley⁴¹⁷ que se han presentado para su aprobación en asambleas parlamentarias. Pero parece ser que el Hospital Universitario de Ghent también acepta las solicitudes efectuadas por padres intencionales del mismo sexo, se trate de parejas casadas o no⁴¹⁸.

Conforme límite de edad establecido para los procesos de fecundación *in vitro* (FIV) en el artículo 4 de la Ley sobre Reproducción Médicamente Asistida de 2007, la madre intencional no debería contar con más de cuarenta y cinco años de edad. Y, en cuanto a la gestante, se ha hablado en los diversos proyectos de Ley debatidos de edades que oscilan entre la mayoría de edad como mínimo, y los cincuenta años de edad como máximo, si la gestante fuera la madre de uno de los padres de intención⁴¹⁹, así como que cuente con hijos propios, así como que de su salud y de su historial obstétrico no se desprenda la posibilidad de un embarazo de riesgo.

Pese a la falta de previsión legislativa, los centros médicos que aplican en la práctica la gestación subrogada, establecen normas muy estrictas para el acceso a la misma, tanto en relación con los padres intencionales, como en relación a la gestante, que deberá tener una relación estrecha con la pareja, siendo, por ejemplo, un miembro de la familia o amiga cercana de los padres intencionales. Todos ellos deberán contar con un previo asesoramiento legal prestado por un abogado especialista en Derecho de familia, así lograr que un

⁴¹⁶ *Ibíd.*, pág. 207.

⁴¹⁷ Propuesta de Ley reguladora de la Gestación por Sustitución, de 9 de septiembre de 2010 (Doc. parl. Senate, 2010, n° 5-130/1). Propuesta de Ley relativa a las Madres Subrogadas, de 23 de septiembre de 2011 (Doc. parl. Senate, 2010, n° 5-160/1). Propuesta de Ley relativa a la subrogación, de 6 de octubre de 2011 (Doc. parl. Senate, 2010, n° 5-236/1). Propuesta de Ley sobre la Organización de los Centros de Subrogación, de 5 de abril de 2011 (Doc. parl., Senate, 2010-2011, n° 5-929/1). O Propuesta de Ley sobre la Organización de los Centros de Subrogación, de 12 de mayo de 2011 (Doc. parl. Chamber, 2010-2011, n° 53-1453/1).

⁴¹⁸ VERSCHELDEN, G. y VERHELLEN, J., "3. Belgium"..., cit., pág. 67-69.

⁴¹⁹ *Ibíd.*, pág. 67-69.

equipo médico multidisciplinar acepte la viabilidad del expediente.

Los rígidos requisitos exigidos por los centros, así como que en caso de discrepancias entre las partes no podría exigirse el cumplimiento del contrato por la nulidad de su objeto⁴²⁰, muchas parejas optan por llevar a cabo el proceso de la gestación subrogada fuera de las fronteras de Bélgica.

El niño nacido tendrá derecho a adquirir la nacionalidad belga si nace en territorio belga, o si sus padres tuvieran dicha nacionalidad, o bien como efecto colateral si sus padres adquirieran dicha nacionalidad antes de que el menor tuviera la mayoría de edad⁴²¹.

En cuanto al establecimiento de la filiación del niño, no existiendo legislación específica en la materia, se considerará madre legal a la gestante en base al principio *mater semper certa est*, aunque la misma no tenga ninguna vinculación genética con el menor. Debiendo iniciar posteriormente la madre intencional un proceso de adopción, ya sea de forma conjunta con su esposo o pareja, o de forma individual si está soltera. Bélgica autoriza los procedimientos de adopción tanto a personas individuales, como a parejas del mismo sexo.

El artículo 315 del Código Civil belga establece una presunción legal de paternidad a favor del esposo de la mujer que da a luz. Por lo que si la gestante está casada, el padre intencional deberá iniciar el procedimiento de adopción del niño, o bien impugnar la paternidad del esposo de la gestante. Si la gestante no estuviera casada, el padre intencional podrá reconocer la paternidad del nacido desde un momento inicial, siempre que cuente para ello con el consentimiento de la gestante.

No obstante, no existiendo ningún mecanismo legal que reconozca la filiación a los padres intencionales, ni les permita exigir el cumplimiento del contenido del acuerdo de gestación, también pueden encontrarse problemas en el proceso de adopción del niño. Como se desprende de la sentencia del

⁴²⁰ GALLUS, N., *Le droit de la filiation. Rôle de la vérité socio-affective et de la volonté en droit belge*, Editions Larcier, Bruxelles, 2009. Pág. 355.

⁴²¹ HENRICOT, C., "6.2. Belgium...", cit., pág. 213.

Tribunal de Apelación de Ghent, de 30 de abril de 2012⁴²², en la que nos encontramos ante un supuesto de gestación por sustitución tradicional, en que la gestante es a la vez la madre biológica del niño. En dicho caso, la gestante fue inseminada con el espermatozoides del padre intencional a cambio de una cantidad monetaria mensual. Cuando la madre intencional trató de adoptar al hijo de su esposo una vez nacido, el Tribunal de Ghent, denegó la adopción plena del menor sobre la base de su ilegalidad, puesto que tan sólo estaría encubriendo la compraventa de un niño.

También mencionaremos la sentencia del Tribunal de Apelación de Lieja de 6 de septiembre de 2010⁴²³, que anuló parcialmente la sentencia de instancia recurrida que denegaba completamente el reconocimiento de dos certificados de nacimiento expedidos por las autoridades californianas, derivados del alumbramiento de dos niñas gemelas nacidas a partir de la gestación por sustitución, hijas biológicas de uno de los dos hombres belgas que contrataron a la gestante californiana. El Juzgado de instancia basó su decisión en motivos de violación del orden público, alegando que los certificados de nacimiento eran tan sólo el último paso de una serie de sucesos que se iniciaron con el acuerdo de subrogación, acuerdo que consideró dicho Juzgado que violaba la dignidad humana y que ponía precio a la vida de los menores.

Pero la revisión *ab novo* realizada por el órgano de apelación⁴²⁴, estimó que en primer lugar era necesario analizar si los certificados de nacimiento se podrían haber expedido en base a las normas belgas de Derecho internacional privado. En este sentido, dado que la gestante no estaba casada en el momento del parto, el padre intencional que aportó su material biológico para la fecundación, estaba facultado para reconocer y ser considerado padre de las niñas a todos los efectos legales. Pero en relación con el otro padre de intención, conforme a la legislación belga no cabe la posibilidad de establecer

⁴²² *Ibid.*, pág. 216.

⁴²³ *Arret n° 2010/RQ/20 de Cour d'appel, Liège, 6 septembre 2010*. Disponible en: <<http://vlex.be/vid/-260435586>>. Última consulta: 17/08/2016.

⁴²⁴ WAUTELET, P., "Belgian Court Recognizes Californian Surrogacy". Conflict of Laws.net. Disponible en: <<http://conflictoflaws.net/2010/belgian-court-recognizes-californian-surrogacy/>>. Última consulta: 17/08/2016.

directamente la paternidad biológica a favor de dos personas del mismo sexo, salvo que proceda por la vía de la adopción.

Una vez determinado que sí era posible establecer la filiación a favor del padre biológico de las niñas, la corte de apelación entró a valorar el impacto de esta paternidad en relación con las circunstancias concretas del caso, llegando finalmente a la conclusión de la necesidad de protección del interés superior del menor, reconocido de forma expresa tanto por los instrumentos de Derecho internacional privado como por la Constitución belga, el cual se vería dañado si se privase a las niñas residentes en Bélgica de cualquier vínculo legal con su padre biológico, no así con el otro padre de intención, ni con la mujer que los gestó y entregó tras el parto, a la cual no se puede considerar madre de los niños según establece la sentencia. Dicha resolución, reconoció por tanto parcialmente la validez de los certificados de nacimiento californiano de las dos niñas, otorgando efectos legales a la filiación de las mismas a favor de su padre biológico, debiendo proceder el otro padre de intención a la adopción por los cauces legales previstos a dichos efectos.

5.2.3. Brasil.

Este país carece de regulación específica en la materia, continuando el vacío legal pese a que hace años que se están tramitando en el Congreso Nacional diversos proyectos de ley que no llegan a término⁴²⁵. Ni el Código Civil ni la Constitución brasileña contiene ninguna previsión legal al respecto.

No obstante, al no estar expresamente prohibida, su práctica se admite *de facto*⁴²⁶, al poderla considerar como inherente al derecho a la salud y a la reproducción, y perteneciendo al foro íntimo de toma de decisiones de cada

⁴²⁵ MARTINS, A., “Gestação por substituição: regime jurídico no direito brasileiro”, Jusbrasil, 2016. Disponible en: <http://alinemartinssantos.jusbrasil.com.br/artigos/334345618/gestacao-por-substituicao-regime-juridico-no-direito-brasileiro?ref=topic_feed>. Última consulta: 17/08/2016.

⁴²⁶ FERREIRA, M.F., “As novas regras para reprodução assistida na folha de S. Paulo”, 2012, pág. 11. <www.oei.es/congresoctg/memoria/pdf/FerreiraMaria.pdf>. Última consulta: 17/08/2016.

persona para formar su propia familia⁴²⁷.

Las únicas normas éticas y reglas orientadoras que sirven como marco deontológico a seguir por los médicos y las clínicas que apliquen, en general, técnicas de reproducción asistida, considerando la infertilidad humana como un problema de salud que conlleva implicaciones médicas y psicológicas, han sido dictadas no por el Congreso, sino por el Consejo Federal de Medicina (CFM)⁴²⁸.

La primera reglamentación aprobada en dicha materia por el mencionado Consejo médico, fue la Resolución CFM nº 1358/1992, de 11 de noviembre⁴²⁹, que fue derogada por la Resolución CFM nº 1957/2010, de 15 de diciembre⁴³⁰, que permitía a las clínicas, centros o servicios de reproducción humana aplicar técnicas de reproducción asistida necesarias para llevar a cabo la “gestación de sustitución” (también identificada en la norma como “donación temporal del útero”), ante cualquier problema médico que impidiese o contraindicase llevar a cabo la gestación por parte de la madre intencional, y ya no tan sólo a mujeres aquejadas por la infertilidad. También establecía el requisito de que fuera la madre de intención quien aportase sus propios ovocitos para proceder a la fecundación, así como que la gestante perteneciese a la familia de la madre biológica del futuro bebé hasta el segundo grado de parentesco, y, si no lo fuere, contar con la preceptiva autorización del Consejo Regional de Medicina. Por último, tal y como se ha venido manteniendo desde un primer momento hasta la actualidad, contenía la

⁴²⁷ D'IPPOLITO, C., “Gestação por substituição: a possibilidade do uso dessa técnica científica à luz do ordenamento jurídico brasileiro”, Jusbrasil, 2013. Disponible en: <<http://cladipp.jusbrasil.com.br/artigos/111876296/gestacao-por-substituicao-a-possibilidade-do-uso-dessa-tecnica-cientifica-a-luz-do-ordenamento-juridico-brasileiro>>. Última consulta: 17/08/2016.

⁴²⁸ DE ARAUJO, N. et. al., “4. Brazil”, en TRIMMINGS, K. y BEAUMONT, P. (Coord.), *International Surrogacy Arrangements. Legal Regulation at the International Level*. Pág. 94. Hart publishing, Oxford and Portland (Oregon), 2013.

⁴²⁹ *Resolução CFM (Conselho Federal de Medicina)* nº 1358/1992, publicada en el DOU de 19 de noviembre de 1992, *Seção I*, Pág. 16053. Disponible en: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1992/1358_1992.htm>. Última consulta: 17/08/2016.

⁴³⁰ *Resolução CFM (Conselho Federal de Medicina)* nº 1957/2010, publicada en el DOU de 6 de enero de 2011, *Seção I*, Pág. 79. Disponible en: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.pdf>. Última consulta: 17/08/2016.

prohibición expresa de que la gestación tuviese carácter lucrativo o comercial, por lo que tan sólo sería posible hacer uso de la modalidad altruista.

Posteriormente, la Resolución CFM 2013/2013, de 16 de abril⁴³¹, que derogaba las anteriores, amplió la relación que debía existir entre la gestante y cualesquiera de los padres intencionales (ya no solo la madre) hasta el cuarto grado el parentesco, e introdujo un mayor grado de requisitos y condiciones de aplicación.

Finalmente, la Resolución CFM 2121/2015, de 16 de julio⁴³², vigente al día de hoy, permite en su norma ética VII que las técnicas de reproducción asistida encaminadas a la gestación por sustitución se apliquen, no sólo a la madre de intención que aporta su óvulo por tener algún tipo de problema médico que impida o contraindique su gestación, sino también a las parejas homosexuales.

Otro de los requisitos consiste en que la gestante, además de cumplir con el requisito de carácter general de no tener más de 50 años de edad⁴³³, deberá pertenecer a la familia de uno de los padres de intención hasta el cuarto grado de consanguinidad (es decir, madre, abuela, hermana, tía o prima). Los restantes supuestos en que no exista dicho grado parentesco, estarán sujetos a la obtención de la mencionada autorización previa del Consejo Regional de Medicina. La previsión en la resolución de la necesidad de que entre la gestante y los padres de intención existan lazos familiares, parecen responder a la intención de evitar el carácter lucrativo comercial de los procesos de

⁴³¹ *Resolução CFM (Conselho Federal de Medicina)* nº 2013/2013, publicada en el DOU de 9 de mayo de 2013, Seção I, Pág. 119. Disponible en: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf>. Última consulta: 17/08/2016.

⁴³² *Resolução CFM (Conselho Federal de Medicina)* nº 2121/2015, publicada en el DOU de 24 de septiembre de 2015, Seção I, Pág. 117. Disponible en: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015.pdf>. Última consulta: 17/08/2016.

⁴³³ El apartado 3. de la norma ética I de la Resolución que nos ocupa, que el médico responsable establezca excepciones a dicho límite de edad, pudiendo exceder del mismo, siempre que su decisión se base en criterios técnicos y científicos y tras esclarecer de los riesgos que pudieran suponer iniciar un proceso de gestación en una mujer de edad superior o 50 años.

gestación por sustitución⁴³⁴.

Sigue conteniendo, asimismo, la prohibición de dotar a la gestación del carácter lucrativo o comercial. Dicha exigencia de la gratuidad en el proceso, está en total consonancia con el Derecho brasileño⁴³⁵, al respetar la prohibición expresa contenida en el artículo 199.4 de la Constitución Federal brasileña de 1988⁴³⁶, que veta la entrega de cualquier contraprestación pecuniaria por la comercialización de órganos, tejidos u otras sustancias procedentes del cuerpo humano.

Para terminar, el apartado 3 de dicha norma ética VII, detalla los documentos y observaciones que las clínicas de reproducción asistida deberán incluir en el prontuario del paciente, los cuales que pretenden reducir las controversias que pudieran surgir entre la gestante y los padres de intención durante el proceso, y que son los siguientes: i) El consentimiento informado, libre y claro, suscrito por los “pacientes” y por la “donante temporal de útero” que contenga los aspectos biopsicosociales y riesgos asociados a los periodos de gestación y de puerperio, así como los aspectos legales de la filiación; ii) Un informe médico con el perfil psicológico y adecuación clínica y emocional de todos los intervinientes en el proceso; iii) Un contrato suscrito entre los padres de intención y la gestante, que establezca claramente los términos del compromiso en relación a la determinación de la filiación del menor, reduciendo con ello las posibles controversias entre ellos; iv) El compromiso por parte de los padres intencionales, de sufragar a la gestante durante el periodo del puerperio⁴³⁷, los tratamientos y servicios médicos que ésta precisara, incluso los prestados por equipos multidisciplinares, en su caso; v) La garantía expresa

⁴³⁴ MARTINS, A., “Gestação por substituição...”, cit., disponible en: <http://alinemartinssantos.jusbrasil.com.br/artigos/334345618/gestacao-por-substituicao-regime-juridico-no-direito-brasileiro?ref=topic_feed>. Última consulta: 17/08/2016.

⁴³⁵ *Ibíd.*

⁴³⁶ *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de octubre de 1988. Disponible en: <http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/15261/constituicao_federal_35ed.pdf?squence=9>. Última consulta: 17/08/2016.

⁴³⁷ El puerperio fisiológico, también conocido como “cuarentena”, es el periodo de tiempo inmediatamente posterior al parto en el que tarda en recuperar completamente el organismo y aparato reproductor femenino las características que tenía antes de iniciar la gestación. Dicho periodo suele abarcar entre los 35 y 40 días posteriores al alumbramiento, es decir, unas cinco o seis semanas.

de los padres intencionales de que inscribirán al niño en el Registro Civil una vez nacido, debiendo dicha documentación ser providenciada durante el embarazo, por lo que los efectos de la gestación por sustitución se producirán *ex-ante*, es decir, previo al momento del parto; y vi) Una autorización por escrito firmada por el cónyuge o pareja de la gestante, en caso de que la misma se encuentre casada o viva en unión estable equiparada.

La Resolución CFM 2121/2015 también fue dictada ante la necesidad de armonizar el uso de las técnicas de reproducción asistida con los principios de la ética médica, así como teniendo en cuenta la sentencia del Tribunal Supremo Federal (STF), de fecha 5 de mayo de 2011 (ADI 4277/DF⁴³⁸ y ADIPF 132/RJ⁴³⁹), que equipara las uniones estables entre personas del mismo sexo a las uniones estables entre hombre y mujer, por lo que ambas tendrán la consideración de núcleos familiares a efectos legales, respetando con ello los principios de igualdad y dignidad del ser humano contemplados en la Constitución Federal, y la sentencia del STF de 25 de octubre de 2011 (REsp 1183378/RS)⁴⁴⁰, que reconoce el derecho a contraer matrimonio civil entre las personas del mismo sexo por no existir una prohibición expresa del mismo en el Código Civil brasileño de 2002⁴⁴¹, y presuponer una prohibición implícita sería constitucionalmente inaceptable.

Todo ello, llevo también a la aprobación de la Provisión nº 52, de 14 de marzo de 2016⁴⁴², del Consejo Nacional de Justicia brasileño, que unifica y

⁴³⁸ *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277* presentada por la Procuradora General de la República ante el Supremo Tribunal Federal de Brasil el 2 de julio de 2009. Disponible en: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=400547&tipo=TP&descricao=ADI%2F4277>>. Última consulta: 18/08/2016.

⁴³⁹ *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132*, interpuesto por el Gobernador del Estado de Río de Janeiro ante el Supremo Tribunal Federal de Brasil el 27 de febrero de 2008. Disponible en: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=433816&tipo=TP&descricao=ADPF%2F132>>. Última consulta: 18/08/2016.

⁴⁴⁰ *Superior Tribunal de Justiça*. Recurso Especial (REsp) nº 1.183.378/RS (2010/0036663-8), de 25 de octubre de 2011. Disponible en: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21285514/recurso-especial-resp-1183378-rs-2010-0036663-8-stj/inteiro-teor-21285515>>. Última consulta: 18/08/2016.

⁴⁴¹ Código Civil brasileño, aprobado por la *Lei No. 10.406*, de 10 de enero de 2002. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Última consulta: 18/08/2016.

⁴⁴² *Provimento nº 52*, de 14 de marzo de 2016, dictado por la *Corregedoria Nacional de Justiça (Conselho Nacional de Justiça)*. Disponible en:

simplifica en todo el territorio nacional el procedimiento de inscripción y expedición de los respectivos certificados de nacimiento de los niños nacidos a partir de técnicas de reproducción asistida.

Entre las novedades introducidas, destaca el hecho de que, en lo sucesivo, para proceder al registro del menor, bastará con que comparezcan los padres del niño ante el Registro Civil, o bien uno sólo de ellos si acredita estar casado o ser pareja de hecho estable del segundo progenitor, sin necesidad de contar con la autorización judicial previa resultante de un procedimiento judicial de averiguación de paternidad⁴⁴³, que hasta este momento era precisa dado que no existían reglas específicas para este tipo de supuestos⁴⁴⁴.

Se prevé además la adecuación de los certificados de nacimiento de los hijos de parejas del mismo sexo, en los que no se deberá hacer distinción a la ascendencia paterna o materna en los nombres de los progenitores⁴⁴⁵.

Tampoco figurará en lo sucesivo el nombre de la gestante en los certificados derivados de procesos de gestación por sustitución.

A efectos de registro y expedición del certificado de nacimiento, se

<http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/legis/cnj/provimento_cnj_n52_2016_registro_nascimento.pdf>. Última consulta: 17/08/2016.

⁴⁴³ Véase, por ejemplo, el seguido para la obtención de la sentencia de 28 de febrero de 2012, en Juicio de derecho de la 1ª Sección de Familia y Registro Civil de la Comarca de Recife, en un proceso de determinación de la paternidad de una niña concebida mediante inseminación artificial heteróloga, y gestada en un “útero de sustitución”, empleando el material genético de uno de los comitentes y un óvulo de donante anónima. Los padres intencionales solicitaban y consiguieron gracias a la sentencia dictada por el órgano jurisdiccional, que en el certificado de nacimiento de la menor constase directamente el nombre de ambos, pareja estable homosexual cuya unión se había convertido previamente en matrimonio civil y bajo cuya guarda se encontraba la menor. Disponible en: <http://www.tjpe.jus.br/noticias_ascomSY/arquivos/2012_03_05_sentenca_dupla_paternidade.pdf>. Última consulta: 17/08/2016.

⁴⁴⁴ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, “Corregedoria regulamenta registro de criança gerada por reprodução assistida”, 2016. Disponible en: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81780-corregedoria-regulamenta-registro-de-crianca-gerada-por-reproducao-assistida>>. Última consulta: 17/08/2016

⁴⁴⁵ TARTUCE, F., “Sentença do TJMS. Registro em caso de gestação de substituição”, Jusbrasil, 2015. Disponible en: <http://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/noticias/164542675/sentenca-do-tjms-registro-em-caso-de-gestacao-de-substituicao?ref=topic_feed>. Última consulta: 18/08/2016.

requiere por la Providencia la presentación de los siguientes documentos: i) el certificado médico que declara que el niño ha nacido vivo⁴⁴⁶; ii) una declaración con la firma legitimada del director de la clínica, centro o servicio de reproducción asistida en que se llevó a cabo el proceso, indicando la técnica adoptada, el nombre del o la donante con el registro de sus datos clínicos de carácter general y características fenotípicas, así como el nombre de sus beneficiarios; y iii) el certificado de matrimonio de los padres, certificado de conversión de unión estable en matrimonio, escritura pública de unión estable o sentencia en que fue reconocida la unión estable de la pareja.

En los casos de gestación por sustitución o donación voluntaria de gametos, junto con la documentación anterior, se deberá aportar documento público que contenga los términos del previo consentimiento informado del/la donante de gametos con autorización expresa para que el nacimiento del niño pueda registrarse a nombre de terceros, así como el consentimiento y autorización prestados por el cónyuge o pareja estable de los donantes, la beneficiaria del tratamiento y/o la gestante, para que procedimiento de reproducción asistida se pueda llevar a cabo.

5.2.4. Irlanda.

En la legislación en vigor irlandesa no existe ninguna mención expresa a la figura de la gestación por sustitución, con las dificultades e inseguridad jurídica que ello supone, tanto para los padres de intención, como para los niños nacidos vía acuerdos de gestación subrogada⁴⁴⁷. Dicho vacío legal no evita que se produzcan supuestos de subrogación dentro de las fronteras de Irlanda⁴⁴⁸, ni que los padres intencionales irlandeses viajen al extranjero para contratar a gestantes en países en que sí está permitida la subrogación⁴⁴⁹.

⁴⁴⁶ *Declaração de nascido vivo (DNV)*.

⁴⁴⁷ MADDEN, D., *Medicine, Ethics and the Law*. Bloomsbury Professional Limited. Dublin (Ireland), 2011. Pág. 276.

⁴⁴⁸ O'CONNOR, R., "First Irish pregnancies after IVF with gestational carrier". *Irish medical journal*, Vol. 102, no. 4. Dublin (Ireland), 2009. Pág. 126.

⁴⁴⁹ HERLIHY, C., "Surrogacy: a legal vacuum", *Familylawinformation.ie*, 2016. Disponible en: <<http://familylaw.ucc.ie/2016/03/18/surrogacy-legal-vacuum/>>. Última consulta: 25/08/2016.

En el informe de la Comisión de Reproducción Humana Asistida del año 2005⁴⁵⁰ se instaba al legislador irlandés a la urgente regulación de la gestación por sustitución entre otras figuras asociadas a la medicina reproductiva. La mayoría de los miembros de la Comisión estimaban que los niños nacidos a través de procesos de gestación subrogada, deberían ser considerados directamente como hijos de los comitentes, siendo necesario establecer una presunción legal que otorgase a los comitentes la filiación de los nacidos a través de dicha técnica⁴⁵¹. También creían que se debería permitir a los padres intencionales abonar a la gestante los gastos en que pudiera incurrir derivados de la subrogación, pero no admitir la gestación por sustitución comercial⁴⁵².

Dichas recomendaciones todavía no se han implementado en la legislación irlandesa, pese a que el borrador inicial del Acta 9 de 2015 sobre Menores y Relaciones Familiares⁴⁵³ incluía hasta justo antes de su aprobación una regulación completa en torno a la subrogación, pero todas las previsiones relativas a esta materia se omitieron en su versión definitiva⁴⁵⁴.

Ante la ausencia legal de un régimen legal que regule la gestación por sustitución, la Guía de Conducta Profesional y Ética para los Practicantes Médicos Registrados del año 2016⁴⁵⁵, es un documento orientador para los profesionales médicos que operan en Irlanda⁴⁵⁶. Dicha guía destaca el bienestar del niño como de suma importancia, junto con el deber de protección de las personas vulnerables. También establece que los tratamientos médicos

⁴⁵⁰ DONNELLY, D. et. al., "Report of the Commission on Assisted Human Reproduction", 2005. Disponible en: <<http://health.gov.ie/wp-content/uploads/2014/03/Report-of-The-Commission-on-Assisted-Human-Reproduction.pdf>>. Última consulta: 25/08/2016. Pág. 70-72.

⁴⁵¹ *Ibid.*, pág. 53.

⁴⁵² *Ibid.*, pág. 51.

⁴⁵³ *Children and Family Relationships Act 2015, Number 9 of 2015*. Disponible en: <<https://www.oireachtas.ie/documents/bills28/acts/2015/a915.pdf>>. Última consulta: 25/08/2016.

⁴⁵⁴ "Surrogacy in Ireland: Where do we stand?". *TheJournal.ie*, 2015. Disponible en: <<http://www.thejournal.ie/surrogacy-in-ireland-marriage-ref-2089158-May2015/>>. Última consulta: 25/08/2016.

⁴⁵⁵ Su primera versión es del año 2004. La última versión del año 2016 se denomina "Guide to Professional Conduct and Ethics for Registered Medical Practitioners" (8th Edition 2016). Disponible en: <<https://www.medicalcouncil.ie/News-and-Publications/Reports/Guide-to-Professional-Conduct-and-Ethics-8th-Edition-2016-.pdf>>. Última consulta: 25/08/2016.

⁴⁵⁶ BUSARDO, F.P. et al., "The evolution of legislation...", cit., disponible en: <<http://dx.doi.org/10.1155/2014/307160>>. Última consulta: 25/08/2016.

de reproducción asistida deberán ser usados como última opción tras comprobar que no existe ningún otro tratamiento que pudiera ser efectivo. Se deberá proporcionar la información necesaria a los pacientes por los profesionales adecuados, así como darles el tiempo necesario para que puedan tomar la decisión adecuada antes de que firmen el consentimiento informado. En caso de que los padres intencionales necesiten acceder al programa de donantes de gametos, la clínica deberá asegurarse de que se podrá acceder a la identidad del donante, así como que la donación se produce de modo altruista y no comercial. El derecho a la objeción de conciencia está previsto en la Guía para todos los profesionales.

El Departamento de Justicia e Igualdad publicó en el año 2012 un documento orientador sobre ciudadanía, paternidad, tutela y cuestiones relacionadas con los documentos de viaje de los niños nacidos como consecuencia de acuerdos de gestación por sustitución en el extranjero⁴⁵⁷. Dicho documento establece claramente que la mujer que da a luz al niño, en nuestro caso la gestante, tendrá la consideración de la madre legal del mismo, aunque el ovocito procediese de la madre intencional o de una donante. Aunque en la legislación irlandesa en ningún texto legal se establece claramente la maternidad legal a favor de la persona que alumbró al niño⁴⁵⁸.

Con respecto al padre, el artículo 46 de la Ley sobre el Estatus del Niño de 1987⁴⁵⁹ establece una presunción legal de paternidad a favor del esposo de la mujer que dio a luz, salvo que se demuestre que la paternidad biológica corresponde a otra persona, para lo cual podrá requerirse la acreditación de la vinculación genética del menor con el padre intencional mediante pruebas de ADN.

⁴⁵⁷ DEPARTMENT OF JUSTICE AND EQUALITY (IRELAND), "Citizenship, Parentage, Guardianship and Travel Document issues in relation to Children born as a result of Surrogacy Arrangements into outside the State", 2012. Disponible en: <<http://www.justice.ie/en/JELR/20120221%20Guidance%20Document.pdf/Files/20120221%20Guidance%20Document.pdf>>. Última consulta: 25/08/2016.

⁴⁵⁸ HARDING, M., "13. Ireland", en TRIMMINGS, K. y BEAUMONT, P. (Coord.), *International Surrogacy Arrangements. Legal Regulation at the International Level*. Hart publishing, Oxford and Portland (Oregon), 2013. Pág. 200-208.

⁴⁵⁹ *Status of Children Act*, 1987. Disponible en: <<http://www.irishstatutebook.ie/eli/1987/act/26/section/46/enacted/en/html#sec46>>. Última consulta: 25/08/2016.

Si la gestante no estuviera casada, el hombre cuyo nombre se haga constar en la partida de nacimiento del nacido, salvo que se demuestre lo contrario, se presumirá a efectos legales que es el padre del niño. Por lo que, si el comitente es el padre biológico del nacido, podrá optar a la paternidad legal, pero su pareja no tendrá ningún derecho sobre el mismo.

No obstante, con las reformas introducidas por el Acta de 2015 sobre Menores y Relaciones Familiares, la madre podrá solicitar judicialmente la tutela del nacido, si cumple con los siguientes requisitos: a) ser mayor de 18 años; b) que a la fecha de la solicitud esté casada, sea pareja de hecho o haya convivido durante al menos tres años con el padre del niño; y c) haya compartido con el otro progenitor la responsabilidad parental sobre el hijo durante más de dos años. También cabe la posibilidad en base al citado artículo que un comitente individual solicite la tutela del niño si: a) ha cuidado del mismo día a día durante más de doce meses; y b) el niño no tiene padre o tutor que desee ejercer las responsabilidades paterno-filiales con respecto al mismo. Lo que significa, que la madre intencional podrá ver finalmente reconocidos sus derechos si espera a que se cumplan los plazos prevenidos por la ley⁴⁶⁰.

Pero en el caso de que los padres intencionales tuviesen que proceder a la adopción del niño para poder establecer vínculos paterno-filiales con el mismo, no está garantizado que la autoridad irlandesa entregue al niño precisamente a los padres de intención, ya que no se permiten las adopciones privadas, ni pagos relacionados con las mismas⁴⁶¹.

Por este motivo, si en el acuerdo de gestación subrogada estuviera previsto el pago a la gestante de cualquier tipo de contraprestación económica y se llegase a considerar que dicho abono se efectúa en concepto de adopción,

⁴⁶⁰ WAYMAN, S., "How surrogacy works – or doesn't – in Ireland", *The Irish Times*, 2016. Disponible en: <<http://www.irishtimes.com/life-and-style/health-family/parenting/how-surrogacy-works-or-doesn-t-in-ireland-1.2530974>>. Última consulta: 25/08/2016.

⁴⁶¹ "Surrogacy". *Citizens Information*, 2016. Disponible en: <http://www.citizensinformation.ie/en/birth_family_relationships/adoption_and_fostering/surrogacy.html>. Última consulta: 25/08/2016.

entraría en juego el artículo 41.1 del Acta sobre Adopciones de 1952⁴⁶² que considera delito recibir o abonar cualquier cantidad en relación con una adopción⁴⁶³.

Un caso jurisprudencial destacado en la materia es la sentencia dictada por el Tribunal Supremo irlandés el 13 de enero de 2014⁴⁶⁴, en el caso “*MR v. An t-Ard Chlaraitheoir*”, dicho órgano anuló la inscripción de la filiación en el Registro Civil a favor de la madre intencional de dos gemelos nacidos a partir de sus gametos en un proceso de gestación por sustitución, estableciendo que conforme a la Ley irlandesa, es a la gestante a quien se considera madre legal del nacido, pese a la vinculación genética del niño con la madre intencional y que la gestante no desea ser considerada la madre legal del menor. No obstante, conforme a la legislación irlandesa en vigor, no puede considerarse madre legal del niño a la madre intencional, ya que sigue rigiendo en el Derecho irlandés la presunción legal *mater semper certa est*, correspondiendo al legislador introducir las modificaciones legislativas pertinentes a dichos efectos.

5.3. Países en que está permitida.

5.3.1. Grecia.

De entre todos los países de la Unión Europea, el sistema griego es un ejemplo de regulación jurídica global en materia de gestación por sustitución⁴⁶⁵.

La Ley griega 3089/2002, sobre Reproducción Humana Médicamente

⁴⁶² *Irish Adoption Act, 1952.* Disponible en: <http://www.irishstatutebook.ie/eli/1952/act/25/enacted/en/html>. Última consulta: 25/08/2016.

⁴⁶³ DONNELLY, D. et. al., “Report of the Commission...”, cit., pág. 51.

⁴⁶⁴ *The Supreme Court. Record No. 2013/ High Court No. 2011/46M. Between: M.R. AND D.R.; AND O.R. AND C.R.; and - AN tARD CHLARAITHEOIR, IRELAND AND THE ATTORNEY GENERAL; and - L.L.* Disponible en: http://www.ihrec.ie/download/pdf/mr_v_an_tard_chlaraitheoir_ors_13_jan_2014.pdf. Última consulta: 25/08/2016.

⁴⁶⁵ EUROPEAN SOCIETY OF HUMAN REPRODUCTION AND EMBRYOLOGY (ESHRE), “Comparative Analysis of...”, cit., disponible en: http://ec.europa.eu/health/blood_tissues_organs/docs/study_eshre_en.pdf. Última consulta: 24/08/2016.

Asistida⁴⁶⁶, resolvió cuestiones básicas relativas a la reproducción humana médicamente asistida e introdujo previsiones específicas en relación a la figura de la gestación por sustitución, a partir de cuyo momento estará permitida bajo su modalidad altruista y gestacional. Dicha Ley modifica diversos artículos del Código Civil griego⁴⁶⁷ y de su Código de Procedimiento Civil, principalmente, relativos al Derecho de familia.

Posteriormente, se aprobó la Ley 3305/2005, de 27 de enero de 2005⁴⁶⁸ que concreta el alcance y significado de “gastos razonables” que se pueden abonar a la gestante, establece los cincuenta años como límite de edad para las mujeres que deseen acudir a las técnicas de reproducción asistida⁴⁶⁹ y considera delictiva cualquier práctica que vulnere el tenor literal de la ley, en cuyo caso se aplicarán las sanciones penales y administrativas que proceda, que podrán consistir incluso en penas privativas de libertad⁴⁷⁰.

Ambos textos legales están dirigidos, en un primer lugar, a la defensa del interés superior del menor y, tras este, a la protección de los derechos individuales a la autonomía y la libertad, así como el derecho a procrear, inherente al derecho al libre desarrollo de la personalidad propugnado en el artículo 5.1 de la Constitución griega⁴⁷¹.

Fue el caso seguido ante el Tribunal colegiado de primera instancia de Heracleion No. 312/1999⁴⁷², el que demostró la necesidad de una urgente

⁴⁶⁶ *Law 3089 on Medically assisted human reproduction*, de 19 de diciembre de 2002. Disponible en: http://www.bioethics.gr/images/pdf/ENGLISH/BIOLAW/MEDICALLY_ASSISTED_REPRODUCTION/law_3089_en.pdf. Última consulta: 24/08/2016.

⁴⁶⁷ *Greek Civil Code*. Disponible en: <http://www.ministryofjustice.gr/site/kodikies/Ευρητήριο/ΑΣΤΙΚΟΣΚΩΔΙΚΑΣ/tabid/225/language/el-GR/Default.aspx>. Última consulta: 24/08/2016.

⁴⁶⁸ *Law 3305*. Disponible en: http://www.nurs.uoa.gr/fileadmin/nurs.uoa.gr/uploads/Nomothesia_Nosilefton/Nomoi/Nomos_3305_FEK_A_172005.pdf. Última consulta: 24/08/2016.

⁴⁶⁹ GANTENBEIN, A., “The legal framework for the IVF treatment in Greece”. Disponible en: <http://www.embryoland.gr/en/pages/ivf-abroad-greece/Legal-Issues-IVF-Greece.asp>. Última consulta: 24/08/2016.

⁴⁷⁰ MITROSSILI, M. “Medically Assisted Reproduction”, *Hellenic Medicine*, Vol. 24, No. 6. Athens (Greece), 2007.

⁴⁷¹ *The Constitution of Greece*. Disponible en: <http://www.hri.org/docs/syntaxma/>. Última consulta: 25/08/2016.

⁴⁷² NEOFYTOU, A., “6.5. Greece”..., cit., pág. 279-280.

reforma legislativa en Grecia que salvase el vacío legal en materia de gestación por sustitución. En dicho supuesto, los miembros del Tribunal aprobaron la solicitud de adopción formulada por los padres de intención de dos gemelos nacidos por subrogación, pero considerando que era un mecanismo inadecuado para este caso concreto, dada la conexión biológica existente entre los nacidos y los comitentes, al haber aportados tanto el padre como la madre de intención su material genético para la fecundación de los niños.

Con la modificación introducida por la Ley 3089/2002 en el artículo 1458 del Código Civil griego, tan solo se permite la subrogación gestacional. El único requisito consiste en que no podrá pertenecer a la propia gestante el óvulo que se le será transferido una vez fertilizado, por lo que se admite la posibilidad de que proceda de la madre intencional si ésta fuera capaz de producirlos, o bien de una donante anónima⁴⁷³. De hecho, dado que la Ley tan sólo establece la necesidad de que el óvulo no sea aportado por la gestante, sería posible que ambos gametos utilizados para la fecundación procediesen de donantes anónimos, por lo que el menor no tendría en dicho caso ningún tipo de relación genética con respecto a los padres intencionales⁴⁷⁴.

Los intervinientes en el proceso deberán suscribir voluntariamente un acuerdo por escrito, que no prevea una contraprestación económica a la gestante por sus servicios. Los firmantes serán la madre intencional, la gestante y, en caso de que los tuviesen, los respectivos esposos o parejas de hecho de las mismas, que deberán prestar expresamente su consentimiento. Por lo que se desprende del tenor literal del artículo 1456 del Código Civil que tan sólo podrán hacer uso de la gestación por sustitución las parejas heterosexuales, estén casadas o no, o bien las mujeres sin pareja. Pero no un hombre por su cuenta, ni las parejas homosexuales⁴⁷⁵.

⁴⁷³ KOUNOUGERI-MANOLEDAKI, E., "Surrogate Motherhood in Greece (according to the New Law on Assisted Reproduction)". *International Survey of Family Law*, 2005. Pág. 267.

⁴⁷⁴ Lo que podría denominarse "*social parenthood*". En NEOFYTOU, A., "6.5. Greece"..., cit., pág. 281.

⁴⁷⁵ STEERING COMMITTEE OF BIOETHICS (CDBI), "Replies by the member States to...", cit., disponible en: http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/Activities/04_Human_embryo_and_foetus_en/INF_2005_7%20e%20MAP.pdf. Última consulta: 24/08/2016.

Está completamente prohibido el pago a la gestante por los servicios prestados o la posibilidad de que obtenga un beneficio económico más allá de dichos gastos necesarios. Pero el acuerdo podrá prever el abono a la gestante de los “gastos razonables” en los que incurra, cuyo alcance y significado se concretan en el artículo 13.4 de la Ley 3305/2005, a cuyos efectos no se considera compensación financiera: a) el pago de los gastos necesario para llevar a cabo el procedimiento de reproducción asistida, el embarazo y parto, como pueden ser los gastos médicos, farmacéuticos u hospitalarios, entre otros; y b) el abono de los daños y perjuicios ocasionados y los salarios dejados de percibir por la gestante durante el periodo de desempleo o de excedencia laboral, consecuencia del proceso de gestación subrogada⁴⁷⁶.

Aunque se cree que, no obstante, la mayor parte de los procesos de gestación por sustitución llevados a cabo en Grecia tienen el carácter de comercial, puesto que en la mayoría de los casos, la gestante no tenía ninguna relación previa con los padres intencionales antes de iniciar el proceso de subrogación⁴⁷⁷. Pero gracias a la prohibición expresa de la Ley, el cumplimiento del contenido económico de dichos contratos, no podrá ser exigido ante los Tribunales.

El artículo 8 de la Ley 3089/2002 exige que tanto la madre de intención como la gestante tengan su domicilio habitual en territorio griego.

Previamente a efectuar la transferencia del embrión a la gestante, se deberá someter a autorización judicial el acuerdo, procedimiento judicial que sólo podrá ser iniciado por la madre intencional. Se deberá presentar ante el órgano jurisdiccional competente⁴⁷⁸, junto con el acuerdo, un informe emitido por profesional médico cualificado acreditativo de que la madre de intención no es capaz de llevar a término un embarazo, así como que la gestante es capaz

⁴⁷⁶ HATZIS, A.N., “The Regulation of Surrogate...”, cit., disponible en: <<http://users.uoa.gr/~ahatzis/Surrogacy.pdf>>. Última consulta: 24/08/2016.

⁴⁷⁷ *Ibid.*

⁴⁷⁸ Conforme al art. 6 de la Ley 3089/2002, que modifica el art. 799 del Código de Procedimiento Civil griego, el Juzgado competente en materia de solicitud de la autorización del acuerdo de maternidad subrogada, será el de la jurisdicción del lugar en que resida la madre de intención, o bien el de la residencia de la gestante.

de concebir y que goza de buena salud, tanto física como mental.

Existe jurisprudencia⁴⁷⁹ que ha considerado inconstitucional y contraria a los principios generales del derecho la exigencia del artículo 1458 del Código Civil de que sólo pueda ser la madre de intención quién inicie el proceso judicial de aprobación del acuerdo, puesto que no conferir a los padres intencionales facultad para instar el procedimiento vulnera su derecho a procrear, contenido en el artículo 5, y el derecho a la igualdad entre géneros del artículo 4, ambos de la Constitución griega. Pero dicha jurisprudencia no tiene carácter vinculante y las sentencias resultantes de juicios posteriores pueden considerar que la solicitud del inicio del proceso de autorización judicial del acuerdo efectuada por un padre intencional, no beneficia al interés superior del menor.

Los acuerdos de gestación subrogada, una vez aprobados judicialmente, son vinculantes para las partes e implicarán la atribución automática de la filiación del niño a la madre intencional desde el momento del nacimiento⁴⁸⁰. En cuanto al padre, establece la Ley una presunción legal a favor del esposo de la madre intencional si éste consintió en el acuerdo el inicio del proceso de gestación por sustitución, no teniendo derecho a rehusar su estado ante los Tribunales. Dicha presunción se justifica en el principio del interés superior del menor, no siendo aceptable en Grecia que el niño no tenga un padre legal en caso de que la madre se halle casada⁴⁸¹.

Si los progenitores intencionales no estuvieren casados, ser requerirá que el padre de intención firme su consentimiento ante notario para que se le otorguen sus derechos legales como padre del nacido. Dicho consentimiento suscrito notarialmente se considera como un reconocimiento de paternidad a efectos legales⁴⁸².

⁴⁷⁹ Como, por ejemplo, puede comprobarse en la sentencia no. 2827/2008 del Juzgado de Primera Instancia de Atenas, o en la sentencia no. 13707/2009 dictada por el Juzgado de primera instancia de Thessaloniki. En NEOFYTOU, A., "6.5. Greece"..., cit., pág. 286.

⁴⁸⁰ ROKAS, K.A., "9. Greece", en TRIMMINGS, K. y BEAUMONT, P. (Coord.), *International Surrogacy Arrangements. Legal Regulation at the International Level*. Hart publishing, Oxford and Portland (Oregon), 2013. Pág. 146-148.

⁴⁸¹ NEOFYTOU, A., "6.5. Greece"..., cit., pág. 291.

⁴⁸² ROKAS, K.A., "9. Greece...", cit., pág. 146-148.

Pese a la exigencia de la pre-aprobación judicial del acuerdo de gestación, en la sentencia no. 27035/2003, dictada por el Juzgado de primera instancia de Thessaloniki⁴⁸³, debido a las circunstancias excepcionales del caso, se concedieron igualmente los derechos parentales a la madre intencional con carácter retroactivo, pese a haberse transferido el embrión a la gestante sin contar con la preceptiva autorización judicial previa, dada la necesidad urgente de proceder de dicho modo por estar tanto la gestante como la madre intención muy próximas a la edad máxima legalmente permitida.

Si un proceso gestación por sustitución de carácter tradicional se llevase a cabo en territorio griego pese a la prohibición existente, es decir, fuera la gestante la que aportase su propio óvulo para la concepción, el artículo 1464 del Código Civil⁴⁸⁴ permite la impugnación de la maternidad en un plazo de hasta los seis meses posteriores al nacimiento del niño. Si se acreditase la vinculación genética del nacido con la gestante, se considerará a esta madre del niño con efectos retroactivos desde el momento del nacimiento.

Este es el único supuesto en que la legislación griega permite a la gestante iniciar un proceso para impugnar la maternidad del niño, solicitando ser ella a quien se considere la madre legal del mismo a todos los efectos. Una vez firmado y autorizado judicialmente el acuerdo de gestación por sustitución, la gestante no podrá cambiar de idea y deberá entregar el niño una vez nacido a los comitentes, quienes podrán exigir judicialmente el cumplimiento del contrato así como las indemnizaciones correspondientes en dicho supuesto⁴⁸⁵.

El nacimiento de un niño nacido a partir de un proceso de gestación por sustitución se inscribirá en el Registro Civil con los mismos plazos y requisitos que para los restantes nacimientos, sin exigirse legalmente que el nombre de la gestante tenga porque figurar en la inscripción⁴⁸⁶.

5.3.2. Israel.

⁴⁸³ NEOFYTOU, A., "6.5. Greece"..., cit., pág. 283.

⁴⁸⁴ En base a la modificación introducida por el art. 1 de la Ley 3089/2002, de 20 de diciembre.

⁴⁸⁵ NEOFYTOU, A., "6.5. Greece"..., cit., pág. 290-291.

⁴⁸⁶ *Ibíd.*, pág. 292-293.

Pese a que la falta de unanimidad entre las autoridades judías, rabinos y otras partes interesadas, en torno a la legalización de la gestación por sustitución⁴⁸⁷, el 17 de marzo de 1996, el *Knesset* (Parlamento) israelí aprobó el Acta 5756, sobre Acuerdos de Llevanza de Fetos⁴⁸⁸, también conocida como “Ley sobre Acuerdos de Gestación por Sustitución”, que convirtió a Israel en el primer país del mundo con legislación oficial que introduce las directrices reguladoras de dicho tipo de contratos⁴⁸⁹.

La Ley israelí permite el acceso a la gestación por sustitución a parejas infértiles heterosexuales, no necesariamente casadas⁴⁹⁰, residentes en Israel, siempre que se practique bajo la modalidad gestacional y con las restricciones que veremos, pudiéndose considerar delictivo cualquier otro tipo de acuerdo de gestación subrogada llevado a cabo en Israel sin cumplir con las previsiones legales a dichos efectos⁴⁹¹.

Para poder llevar a cabo dicho proceso, la Ley exige el cumplimiento de los siguientes requisitos: a) que el acuerdo por escrito suscrito entre la gestante y los padres intencionales haya sido aprobado por el Comité de Aprobación⁴⁹² designado por el Ministro de Justicia; b) que todas las partes intervinientes en el proceso tengan más de 18 años de edad y que residan en Israel; c) que la gestante no esté casada⁴⁹³ -salvo que el Comité de Aprobación permita lo contrario- y que no sea familia de ninguno de los progenitores intencionales; d) que para el proceso de la fecundación *in vitro* se emplee el semen del padre intencional y un óvulo que no proceda de la gestante; y e) que la gestante

⁴⁸⁷ SPITZ, E., “Through her I too shall bear a child: Birth Surrogates in Jewish Law”, *The Journal of Religious Ethics*, vol. 24, no. 1. Blackwell Publishing Ltd., 1996. Pág. 65-97.

⁴⁸⁸ *Agreements for the Carriage of Fetuses (Approval of Agreement and Status of the Newborn) Law, 5756-1996*. Disponible en: <http://www.loc.gov/law/help/israel_2012-007460_IL_FINAL.pdf>. Última consulta: 23/08/2016.

⁴⁸⁹ KHAN, S.M., *Reproducing Jews. A cultural account of assisted reproduction in Israel*. Duke University Press. Durham and London, 2000.

⁴⁹⁰ SHAKARGY, S., “14. Israel” ..., cit., pág. 209-222.

⁴⁹¹ *Ibíd.*, pág. 209.

⁴⁹² Conforme a la ley, dicho Comité de Aprobación deberá estar integrado por siete miembros de los cuales, al menos, tres deberán ser hombres y, al menos, tres mujeres (art. 3.a), y ser, a su vez: dos médicos especialistas en obstetricia y ginecología; un médico especialista en medicina interna; un psicólogo clínico; un trabajador social; un jurista representante público; y un representante religioso de la religión que profesen las partes implicadas en el acuerdo de gestación (art. 3.b).

⁴⁹³ Es decir, cabe la posibilidad de que la gestante se halle soltera, viuda o divorciada.

profese la misma religión que la madre intencional⁴⁹⁴.

En cuanto al carácter económico del acuerdo, el artículo 6 de la Ley autoriza al Comité a establecer una compensación económica mensual a favor de la gestante por los daños y perjuicios derivados del proceso, así como el abono de los gastos razonables en que pudiera incurrir, como pueden ser las pérdidas de ingresos como consecuencia de la incapacidad temporal para trabajar, gastos médicos y de hospitalización, de asesoramiento jurídico y psicológico, de desplazamiento, ropa o ayuda doméstica, entre otros⁴⁹⁵.

La Ley no exige que se realicen pagos a la gestante, por lo que el proceso podrá tener el carácter de altruista o de comercial, ni tampoco se establecen máximos ni mínimos a dichos pagos efectos, quedando el establecimiento de las cuantías a discreción de las partes intervinientes y del Comité⁴⁹⁶. No obstante, lo que sí se prevé es que las sumas reflejadas en el acuerdo, se deberán ingresar en una cuenta bancaria controlada por un administrador, el cual devolverá las cantidades sobrantes a los padres intencionales una vez transcurridos seis meses desde el nacimiento del niño.

Para obtener la aprobación del acuerdo de gestación, será necesario presentar ante el mencionado Comité: la propuesta del acuerdo de gestación por sustitución; una valoración médica acreditativa de que la madre de intención, por motivos de salud, no puede o debe llevar a cabo un embarazo; una valoración médica y psicológica acreditativa de la idoneidad física y emocional de todas las partes intervinientes en el proceso; la confirmación de un psicólogo o trabajador social de que los padres intencionales han recibido asesoramiento profesional, incluidas las opiniones de paternidad; y, finalmente, en el caso de que los padres intencionales no hayan buscado a la gestante por su cuenta, sino que hayan recurrido a una agencia de intermediación, deberán aportarse los datos identificativos de la misma, junto con la información relativa

⁴⁹⁴ GLOBAL LEGAL RESEARCH CENTER, "Israel: Reproduction and Abortion: Law and Policy", *The Law Library of Congress*. 2012. Pág. 10-11.

⁴⁹⁵ SHAKARGY, S., "14. Israel"..., cit., pág. 214.

⁴⁹⁶ *Ibíd.*, pág. 214.

al contrato de agencia que hubieran suscrito⁴⁹⁷.

Una vez estudiadas todas las alegaciones y documentación presentada, así como cualesquiera otra que el Comité hubiera podido requerir conforme al artículo 4 de la Ley, procederá a la aprobación de la solicitud si considera que todas las partes han suscrito libre y voluntariamente el acuerdo⁴⁹⁸, comprendiendo perfectamente su significado y consecuencias, no parece existir ningún riesgo para la salud de la gestante ni del niño, y que en el clausulado del acuerdo no figura condición que pudiera dañar los derechos del menor o de ninguna de las partes, ni situarlas en posición de desventaja⁴⁹⁹.

Aprobado el acuerdo, la gestante tan sólo podrá solicitar su resolución en el caso de que exista un cambio de circunstancias que justifiquen tal acción, y en caso de que el Tribunal compruebe que la rescisión del acuerdo responde al interés superior del menor. Aunque desde que la Ley entró en vigor en 1996, no consta que ninguna gestante haya tratado de rescindir el acuerdo y de convertirse en la madre legal del menor⁵⁰⁰.

Los requisitos establecidos por la Ley israelí en materia de gestación por sustitución, deben complementarse con las Directrices⁵⁰¹ fijadas por el Comité de Aprobación, aprobadas en agosto de 2006, y que recomiendan, entre otros, incluir en el acuerdo la previsión de que solo se pueda interrumpir el embarazo por prescripción médica que asó lo aconseje, así como la indemnizaciones por daños y perjuicios que habría que abonar ante dicho supuesto.

También deberá tener en cuenta las Recomendaciones⁵⁰² de carácter interno del Comité, que aconsejan, entre otros, limitaciones de edad para la gestante, que deberá tener entre 22 y 38 años, y para los padres intencionales,

⁴⁹⁷ GLOBAL LEGAL RESEARCH CENTER, "Israel: Reproduction...", cit., pág. 11.

⁴⁹⁸ LIFSHITZ, S., "Neither Nature nor Contract: Toward an Institutional Perspective on Parenthood Essay". *The Law & Ethics of Human Rights*, 2014. Disponible en: <<http://law.biu.ac.il/files/law/shared/segel/neithernaturenorcontract.pdf>>. Última consulta: 23/08/2016.

⁴⁹⁹ GLOBAL LEGAL RESEARCH CENTER, "Israel: Reproduction...", cit., pág. 12.

⁵⁰⁰ LAMM, E., "Gestación por sustitución. Realidad y...", cit., pág. 13.

⁵⁰¹ *Embryo Carrying Agreements Approval Committee, Recommendations and Legal Guidelines*, ref. no. 72320, August, 2006, en SHAKARGY, S., "14. Israel"..., cit., pág. 220.

⁵⁰² *Committee's internal regulations*, en SHAKARGY, S., "14. Israel"..., cit., pág. 220.

que no deberán tener más de 52 años⁵⁰³. Ello, a discreción del Comité, que podrá establecer salvedades a dicho respecto. Con respecto a la gestante, establecen las Recomendaciones, que deberá tener al menos un hijo nacido vivo y no más de tres, ninguno de los cuales deberá haber nacido en el año anterior al proceso de gestación por sustitución.

Pese a la existencia de una pre-aprobación del acuerdo de gestación por sustitución por parte del Comité, la filiación del niño no se atribuye automáticamente a los padres de intención en el momento del nacimiento del mismo. Nada más nacer, el niño se entregará a los padres intencionales de manera temporal, en presencia de un agente de bienestar social que es quien ejercerá la guarda del menor.

Antes de transcurridos siete días tras el nacimiento, los padres intencionales deberán iniciar un proceso judicial encaminado a la obtención de una “orden parental” firme⁵⁰⁴ que es la que les atribuirá *ex-post* la filiación del nacido a partir de la gestación subrogada, produciendo efectos constitutivos del derecho y no solo declarativos. Si no inician el proceso dentro de dicho plazo, corresponderá al agente de bienestar social iniciarlo de oficio⁵⁰⁵.

En base a la información proporcionada por el Comité de Aprobación, hasta finales de 2013⁵⁰⁶, 516 niños han nacido en Israel a través de procedimientos de gestación subrogada, habiendo sido aprobados 1.026 acuerdos de gestación -de un total de 1.042 expedientes iniciados, parte de los cuales se rehusaron por motivos de edad de la madre superior a 52 años; porque dos de las parejas intencionales ya tenían tres hijos y querían un cuarto; o bien por problemas de salud de alguno de los padres intencionales.

La Ley de 1996 solo puede ser aplicada a los procesos de gestación por

⁵⁰³ ROSENBLUM, I., “Israel’s double game on the surrogacy issue”, *The Jerusalem Post*, 2015. Disponible en: <<http://www.jpost.com/Opinion/Israels-double-game-on-the-surrogacy-issue-402477>>. Última consulta: 23/08/2016.

⁵⁰⁴ “*Parenthood order*” o “*parenting order*”.

⁵⁰⁵ SHAKARGY, S., “14. Israel”..., cit., pág. 210-215.

⁵⁰⁶ “Surrogacy in Israel”, *State of Israel Ministry of Health*. Disponible en: <<http://www.health.gov.il/English/Topics/fertility/Surrogacy/Pages/default.aspx>>. Última consulta: 23/08/2016.

sustitución llevado a cabo en territorio israelí, y en caso de que se llevara a cabo algún acuerdo sin cumplir con las previsiones legales existentes a dichos efectos, el acuerdo tendría la consideración de delictivo conforme a lo dispuesto en los artículos 2.1 y 7 de la repetida Ley⁵⁰⁷.

En relación con las personas que no pueden acogerse a las previsiones legales y que no tienen más remedio que acudir al extranjero para llevar a cabo procesos de gestación subrogada, como sucedería con parejas del mismo sexo o personas individuales, el Ministro de Justicia considera que la Ley israelí no sanciona ni prohíbe dichos procesos transnacionales⁵⁰⁸, pero que los padres de intención deberán someterse a pruebas genéticas de paternidad, que determinen la relación genética del nacido con al menos uno de sus padres, en cuyo caso, no se tendrá en cuenta que el nacimiento ha tenido lugar a partir de un proceso de gestación por sustitución, y se otorgará la filiación del menor a favor de los padres intencionales, con la atribución de la nacionalidad israelí a favor del niño que ello conlleva, convirtiéndose los comitentes en los padres legales del niño a todos los efectos⁵⁰⁹.

La aprobación de la Ley sobre Acuerdos de Gestación por Sustitución, tuvo lugar tras el caso "*Nahmani v. Nahmani*"⁵¹⁰, en el que una mujer, ante su imposibilidad de tener hijos por habersele extirpado el útero como consecuencia de un cáncer cervical, consiguió un fallo favorable de la Corte Suprema israelí que autorizó a que los preembriones generados con los gametos de su marido pudieran ser implantados a una gestante en el extranjero⁵¹¹.

La polémica del caso radica en que, en el momento inicial, la gestación

⁵⁰⁷ SHAKARGY, S., "14. Israel" ..., cit., pág. 209.

⁵⁰⁸ LAMM, E., "Gestación por sustitución. Realidad y...", cit., pág. 13.

⁵⁰⁹ SHAKARGY, S., "14. Israel" ..., cit., pág. 215-217.

⁵¹⁰ "*Nahmani v. Nahmani*", CA 5587/93, PD 49 (1) 485. Decided: March 30, 1995. Disponible en: <<http://versa.cardozo.yu.edu/opinions/nahmani-v-nahmani>>. Última consulta: 23/08/2016.

⁵¹¹ FORTUNY BERENGUER, M., "La maternidad subrogada: un caso práctico", *ElDerecho.com*, 2013. Disponible en: <http://www.elderecho.com/tribuna/www-elderecho-com/maternidad_subrogada-incrpcion_en_el_registro_civil_de_recien_nacidos_11_602305001.html>. Última consulta: 23/08/2016.

por sustitución no estaba permitida en Israel, por lo que los cónyuges Nahmani la iban a realizar a través de una gestante estadounidense, pero solicitando autorización a los Tribunales israelíes para que el procedimiento de fecundación *in-vitro* se llevase a cabo en Israel dado el alto coste que el mismo suponía en Estados Unidos. Tras obtener la preceptiva autorización, se generaron los preembriones en el Hospital de Assuta. Pero, posteriormente, el marido dejó a su esposa, y se opuso a que ésta dispusiera de los preembriones generados para proceder a su implantación en el útero de la gestante estadounidense. La esposa consiguió una orden judicial para poder disponer de los preembriones⁵¹². El esposo impugnó dicha orden judicial ante la Corte Suprema israelí que inicialmente dio la razón a este, pero que finalmente, autorizó a la esposa para continuar con el proceso de gestación subrogada pese a la oposición del marido⁵¹³.

5.3.3. Reino Unido.

En julio de 1978, nació en Bristol (Reino Unido) Louise Joy Brown⁵¹⁴, la primera persona concebida en el mundo mediante fecundación *in vitro* (FIV)⁵¹⁵. Ante dicho suceso, así como por la preocupación derivada de la rapidez con que las técnicas de reproducción asistida se estaban desarrollando, en 1982 se creó un comité para indagar en las tecnologías de fertilización *in vitro* (FIV) y la embriología, que dio lugar en el año 1984 al “Informe Warnock”⁵¹⁶, en el cual se

⁵¹² SINCLAIR, D.B., *Jewish Biomedical Law: Legal and Extra-legal Dimensions*. Oxford University Press. New York (United States), 2003. Pág. 114-120.

⁵¹³ CHEN, J., “The Right to Her Embryos: An Analysis of Nahmani v. Nahmani and Its Impact on Israeli *In Vitro* Fertilisation Law”, *Cardozo Journal of International and Comparative Law*. Yeshiva University, 1999. Pág. 325.

⁵¹⁴ Más conocida en la prensa mundial como la primera “niña probeta”.

⁵¹⁵ “Los pasos gigantes que ha dado la fertilización *in vitro* desde el primer bebé probeta”, *BBC Mundo*, 2015. Disponible en: <http://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/07/150724_ciencia_finde_fertilizacion_in_vitro_avances_wbm>. Última consulta: 05/09/2016.

⁵¹⁶ WARNOCK, M., *Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology* (“Warnock Report”). Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology. London (UK), 1984. Dicho Informe, pese a establecer que no conviene celebrar acuerdos de gestación subrogada por las múltiples dificultades inherentes a los mismos, en el caso de que éstos se llevasen a cabo, no deberían contener previsiones contractuales que obligasen a la gestante a entregar al niño. El capítulo relativo a la subrogación es el octavo, denominado “Techniques for the Alleviation of Infertility”. Pág. 42 a 47. Disponible en: <http://www.hfea.gov.uk/docs/Warnock_Report_of_the_Committee_of_Inquiry_into_Human_Fertilisation_and_Embryology_1984.pdf>. Última consulta: 05/09/2016.

basa principalmente la legislación británica en la materia, como el Acta sobre Acuerdos de Subrogación de 1985⁵¹⁷, el Acta sobre Adopción y Niños de 2002⁵¹⁸ o el Acta sobre Fertilización y Embriología Humana de 2008 (HFEA)⁵¹⁹, entre otras.

En base al principio *mater semper certa est*⁵²⁰, la filiación se determinará en el momento del parto a favor de la mujer que da a luz, por lo que será la gestante la considerada madre del niño a todos los efectos aunque no tenga ninguna vinculación genética con el niño⁵²¹, pudiendo conservar los derechos legales sobre el mismo⁵²². Con respecto al padre intencional, se le atribuirá directamente la paternidad del niño si hubiera aportado sus propios gametos para la fecundación y la gestante no tuviera pareja⁵²³. Pero si la gestante estuviera casada o tuviera pareja de hecho, no se le atribuirá automáticamente la paternidad al comitente⁵²⁴, aunque fuera el padre biológico del niño, sino que entrará en juego el principio *pater est quem nuptiae demonstrant* y se atribuirá la filiación a efectos legales al esposo o pareja legal de la mujer que ha dado a luz.

La gestación por sustitución es legal en Reino Unido, pero el contenido de los acuerdos de gestación subrogada no será vinculante para ninguna de las partes intervinientes⁵²⁵, por lo que no se podrá reclamar judicialmente el

⁵¹⁷ *Surrogacy Arrangements Act*, 1985. Disponible en: <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/49>>. Última consulta: 05/09/2016.

⁵¹⁸ *Adoption and Children Act*, 2002. Disponible en: <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2002/38/contents>>. Última consulta: 05/09/2016.

⁵¹⁹ *Human Fertilisation and Embryology Act*, 2008. Disponible en: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/pdfs/ukpga_20080022_en.pdf>. Última consulta: 05/09/2016.

⁵²⁰ El art. 33 HFEA considera a la gestante “y a ninguna otra mujer” como madre legal del niño nacido a través de la gestación por sustitución.

⁵²¹ LAMM, E., *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada...*, cit., pág. 132.

⁵²² Como puede comprobarse, por ejemplo, en el caso Re TT (a minor) [2011] EWHC 33 (Fam.), en que la Corte concluyó que en dicho supuesto procedía dejar a la niña en compañía de su madre (la gestante) por la clara unión existente entre ambas, lo que protegía el interés superior de dicha menor. Disponible en: <<http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Fam/2011/33.html>>. Última consulta: 06/09/2016.

⁵²³ WELLS-GRECO, M., “23. United Kingdom”, en TRIMMINGS, K. y BEAUMONT, P. (Coord.), *International Surrogacy Arrangements. Legal Regulation at the International Level*. Hart publishing, Oxford and Portland (Oregon), 2013. Pág. 328-329.

⁵²⁴ Salvo que se pudiera probar que dicho esposo o pareja de hecho de la gestante no consintieron el proceso de inseminación artificial. Art. 35 HFEA.

⁵²⁵ Art. 1A del Acta sobre Acuerdos de Subrogación de 1985.

cumplimiento de las respectivas prestaciones a que se hubieran comprometido las partes, no estando garantizada ni la entrega del niño por la gestante a los padres de intención⁵²⁶, ni tampoco la obligación de que éstos se hagan cargo del niño si no lo quisieran recibir⁵²⁷.

Los efectos de la filiación se producen, por tanto, *ex-post facto*, dado que en el momento inicial será a la gestante a quien se considere madre del niño recién nacido, debiendo los padres intencionales iniciar posteriormente un procedimiento judicial de solicitud de una orden parental o “paternal order”, que establezca la filiación a su favor y que conceda la nacionalidad británica a favor del niño⁵²⁸, salvo que existiera oposición por parte de la gestante. La solicitud, conforme al artículo 54(3) HFEA, deberá efectuarse una vez transcurridas seis semanas desde el nacimiento del niño, periodo de reflexión que el artículo 54(7) HFEA concede a la gestante⁵²⁹, y antes de los seis meses posteriores al alumbramiento, plazo que tiene la consideración de preclusivo⁵³⁰.

Para la concesión de una orden parental el artículo 54 HFEA exige que los solicitantes sean marido y mujer, pareja civil o pareja de hecho que conviva como familia de modo duradero. Ello permite el acceso a las órdenes parentales, ya no sólo a los matrimonios y parejas heterosexuales, sino también a las personas del mismo sexo⁵³¹ inscritas en el Registro de Uniones Civiles.

Pero las personas individuales seguirán sin poder acceder a las órdenes parentales conforme al tenor literal del artículo 54(2) HFEA, tal y como se

⁵²⁶ SCHERPE, J.M., *The present and...*, cit., pág. 112-114.

⁵²⁷ WELLS-GRECO, M., “23. United Kingdom”..., cit., pág. 332.

⁵²⁸ *Ibid.*, pág. 335.

⁵²⁹ LAMM, E., *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada...*, cit., pág. 132.

⁵³⁰ Véase, entre otras, la sentencia del caso “*Re X (A Child) (Surrogacy: Time Limit)*” [2014] EWHC 3135 (Fam.), en que el Tribunal consideró que la orden parental debe solicitarse necesariamente dentro de los seis meses posteriores al nacimiento del niño, no teniendo los Tribunales facultad para prorrogar dicho plazo. Disponible en: <<http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Fam/2014/3135.html>>. Última consulta: 05/09/2016.

⁵³¹ Como se puede comprobar, por ejemplo, en la sentencia del caso “*Re A*” [2015] EWHC 1756 (Fam.), en que se ha concedido una orden parental de un niño nacido a través de la subrogación en Sudáfrica, a favor de una pareja del mismo sexo británica. Disponible en: <<http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Fam/2015/1756.html>>. Última consulta: 05/09/2016.

puede comprobar, entre otras, en la sentencia del caso *Re Z (a child)*⁵³², en que Sir James Munby, Presidente de la Sección de Familia de la Corte Suprema británica denegó la concesión de la correspondiente orden a favor de un padre intencional que solicitó la filiación de sus gemelos nacidos en California. Sin embargo, debido a las excepcionales circunstancias concurrentes en el caso “*Re A & A v. P, P & B*”, sí se concedió una orden parental a favor de una mujer que había iniciado junto con su esposo un proceso de solicitud de una orden parental, pese al fallecimiento de su cónyuge durante el procedimiento⁵³³.

Este extremo puede ser incompatible con el derecho a la igualdad de los padres solteros, conforme a lo dispuesto en el Acta sobre Derechos Humanos de 1998⁵³⁴, habiéndose pronunciado el Tribunal Supremo británico a favor de la modificación legal pertinente que permita a las personas individuales acceder a la subrogación⁵³⁵, lo que ha sido tenido en consideración por la Secretaría de Estado de Salud, que está estudiando la manera de modificar la ley para remediar la vulneración⁵³⁶.

Asimismo, al menos uno de los padres de intención deberá haber aportado sus gametos, deberán ser ambos mayores de edad en el momento de la solicitud, y residir en Gran Bretaña, las Islas del Canal o la Isla de Man⁵³⁷, en

⁵³² “*In the matter of Z (A Child: Human Fertilisation and Embryology Act: parental order)*” [2015] EWFC73. Disponible en: <<http://www.bailii.org/ew/cases/EWFC/H CJ/2015/73.html>>. Última consulta: 06/09/2016.

⁵³³ “*Re A & A v. P, P & B*” [2011] EWHC 1738 (Fam.). Disponible en: <<http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Fam/2011/1738.html>>. Última consulta: 06/09/2016.

⁵³⁴ *Human Rights Act*, 1998. Disponible en: <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/contents>>. Última consulta: 06/09/2016.

⁵³⁵ “*In the matter of Z (A Child)*” (No. 2) [2016] EWHC 1191 (Fam.). Disponible en: <<http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Fam/2016/1191.html>>. Última consulta: 06/09/2016.

⁵³⁶ “Leading cases”. *Natalie Gamble Associates*, 2016. Disponible en: <<http://www.nataliegambleassociates.co.uk/about-us/leading-cases>>. Última consulta: 06/09/2016.

⁵³⁷ En la sentencia del caso “*Re G (Surrogacy: Foreign Domicile)*” [2007] EWHC 2814 (Fam.), no se concedió la orden parental a favor de los padres intencionales, por tratarse de dos ciudadanos turcos que habían tenido un bebé como consecuencia de un acuerdo de gestación subrogada formalizado en Reino Unido. Disponible en: <<http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Fam/2007/2814.html>>. Frente a la sentencia del caso “*Re Z & B v. C and another*” [2011] EWHC 3181 (Fam.), en que el juez considera probada la residencia en Reino de una pareja israelí que habían llevado a cabo un proceso de subrogación en India. Disponible en: <<http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Fam/2011/3181.html>>. Últimas consultas: 06/09/2016.

compañía ya del niño nacido con respecto al cual solicitan la orden parental⁵³⁸. Si los padres no cumplieran con los requisitos para obtener la filiación del menor mediante una “paternal order”, porque ninguno de ellos hubiera aportado sus gametos, o porque se trate de una persona individual, por ejemplo, podrán proceder por la vía de la adopción del niño, en cuyo caso, se deberá solicitar la correspondiente orden judicial de adopción⁵³⁹.

Tan solo se permite la gestación subrogada bajo la modalidad altruista, estando expresamente prohibidos por el Acta sobre Acuerdos de Subrogación de 1985 los contratos que contengan una base comercial⁵⁴⁰, así como cualquier tipo de anuncio que facilite poner en contacto a gestantes con padres de intención⁵⁴¹. También el artículo 54(8) HFEA exige que los Tribunales comprueben que no ha existido dinero ni ningún otro tipo de beneficio entregado ni recibido por ninguna de las partes, más allá de los gastos razonables en los que la gestante hubiera incurrido.

No obstante, el derecho de la gestante a quedarse con el niño, lleva a que muchos padres intencionales recurran a gestantes en países extranjeros donde es legal la subrogación, pero en la mayoría de los casos, teniendo que satisfacer una contraprestación económica a la misma a cambio de la gestación. Por lo que los Tribunales británicos se han visto abocados a decidir en muchos casos en torno a la legalidad de dichos pagos conforme a la legislación británica⁵⁴². Dado que la *lex fori* es la aplicable⁵⁴³ a efectos de la concesión de la correspondiente orden parental que transfiera los derechos de filiación a favor de los comitentes, los órganos jurisdiccionales, haciendo uso de

⁵³⁸ Art. 54 HFEA.

⁵³⁹ WELLS-GRECO, M., “23. United Kingdom”..., cit., pág. 329-331.

⁵⁴⁰ Art. 2 del Acta sobre Acuerdos de Subrogación de 1985.

⁵⁴¹ Art. 3 del Acta sobre Acuerdos de Subrogación de 1985.

⁵⁴² Véase, por ejemplo, las sentencias de los casos “*Re IJ (a child)*” [2011] EWHC 921 (Fam.), disponible en: <<http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Fam/2011/921.html>>; o el caso “*Re K (minors) (foreign surrogacy)*” [2010] EWHC 1180, disponible en: <<http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Fam/2010/1180.html>>; o el caso *Re S (applicants)* [2009] EWHC 2977 (Fam.), disponible en: <<http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Fam/2009/2977.html>>, entre otros. Últimas consultas: 05/09/2016.

⁵⁴³ WELLS-GRECO, M., “23. United Kingdom”..., cit., pág. 336-337.

un margen de apreciación⁵⁴⁴, han valorado que el interés superior del menor está por encima del dinero o beneficios que se pueden conceder a la gestante ante determinadas circunstancias. Como en la sentencia del caso *Re X & Y (foreign surrogacy)*⁵⁴⁵, la primera vez en que los Tribunales tuvieron que pronunciarse al respecto, ante un proceso de gestación por sustitución comercial llevado a cabo en Ucrania y a partir del cual nacieron gemelos concebidos a partir del esperma del padre intencional y ovocitos aportados por donante anónima. El juez, pese a estar prohibida la gestación por sustitución comercial en Reino Unido, determinó que el interés superior del menor debe prevalecer frente al orden público y la ilegalidad de los pagos efectuados conforme al ordenamiento jurídico británico, apoyándose en el hecho de que la ley no establece claramente lo que puede y lo que no puede considerarse gasto razonable⁵⁴⁶.

5.3.4. República Sudafricana.

Desde antes de la aprobación de legislación específica en la materia y de su efectiva legalización, en Sudáfrica se venía practicando la gestación por sustitución, incluso en su modalidad comercial⁵⁴⁷, siendo el primer caso reconocido y documentado, el de Karen Ferreira-Jorge, llevado a cabo en el año 1987⁵⁴⁸, cuya madre, Pat Anthony, de 48 años gestó y dio a luz a sus tres trillizos, ante la imposibilidad de que su hija pudiera llevar a término un embarazo, y ante el temor de que otra gestante hubiera renunciado a entregar

⁵⁴⁴ *“Re L (a minor)”* [2010] EWHC 3146 (Fam.). En dicho caso se pronunciaron por primera vez los Tribunales británicos en el sentido de que, pese a estar prohibida la gestación por sustitución en el ordenamiento jurídico, el interés superior del menor debe prevalecer frente al orden público y la ilegalidad de los pagos efectuados. Disponible en: <<http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Fam/2010/3146.html>>. Última consulta: 05/09/2016.

⁵⁴⁵ *“Re X & Y (foreign surrogacy)”* [2008] EWHC 3030 (Fam.). Disponible en: <<http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Fam/2008/3030.html>>. Última consulta: 05/09/2016.

⁵⁴⁶ GAMBLE, N. y GHEVAERT, L., “International surrogacy: payments...”, cit., pág. 504-507.

⁵⁴⁷ NEOFYTOU, A., “6.10. South Africa”, en BRUNET, L. (Dir.), *A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States*. European Parliament, European Union, 2013. Pág. 341.

⁵⁴⁸ BATTERSBY, J.D., “South Africa woman gives birth to 3 grandchildren, and history”. *New York Times*, 1987. Disponible en: <<http://www.nytimes.com/1987/10/02/world/south-africa-woman-gives-birth-to-3-grandchildren-and-history.html>>. Última consulta: 21/07/2016.

a los nacidos a los padres intencionales tras el parto⁵⁴⁹.

En dicho momento, los niños nacidos a partir de acuerdos de gestación por sustitución se hallaban sujetos a la actualmente derogada Acta sobre el Estatus Legal del Menor, que otorgaba la paternidad legal de nacido a la gestante y a su esposo si estuviera casada, en base a las máximas latinas *mater semper certa est y pater est quem nuptiae demonstrant*, debiendo proceder posteriormente los padres intencionales a la adopción del niño para convertirse en sus padres legales, salvo que la gestante se negase a entregarlo una vez nacido, con los problemas de inseguridad jurídica que ello conllevaba⁵⁵⁰, al no saber en qué sentido resolverían los Tribunales ante dicho supuesto.

Pero no fue hasta junio de 2005, cuando se logró cubrir la ausencia de legislación específica en la materia, con el Acta 38 de 2005 sobre los Niños⁵⁵¹, que entró en vigor en abril de 2010, la cual contiene las previsiones legales relativas al cuidado, contacto y protección de los menores y que convirtió en absolutamente legal la figura de la gestación subrogada.

Dicha norma, basándose en el principio orientador del interés superior del menor, fija los cuidados relativos al cuidado y protección de los niños, define los derechos y obligaciones parentales, introduce nuevas previsiones en relación con los Juzgados de menores, trabajadores sociales especializados en la infancia, lugares y orfanatos en que les presten protección, y contiene normas para la adopción, tanto nacional como internacional, así como en su capítulo 19 (artículos 292 a 303) las previsiones relativas a la gestación por sustitución, que se considera legal por tratarse de una técnica de reproducción asistida.

⁵⁴⁹ INTERNATIONAL SURROGACY FORUM, "South Africa. Introduction and terminology; Chapter 19 of the Children's Act". Disponible en: <<http://www.internationalsurrogacyforum.com/content/south-africa>>. Última consulta: 21/08/2016.

⁵⁵⁰ SLABBERT, M. y ROODT, C., "20. South Africa"... , cit., pág. 293-310.

⁵⁵¹ *Children's Act no. 38 of 2005, Chapter 19 "Surrogate motherhood"*. Disponible en: <<http://www.justice.gov.za/legislation/acts/2005-038%20childrensact.pdf>>. Última consulta: 19/02/2013.

Para que los acuerdos de gestación subrogada se consideren válidamente celebrados conforme a la legislación sudafricana y pueda exigirse legalmente su cumplimiento, deberán figurar por escrito, haber sido suscritos dentro de su territorio, que todos los intervinientes en el mismo sean residentes en Sudáfrica, así como ser confirmados por los Tribunales incluso antes de la fecundación, lo que producirá el efecto de que sean los nombres de los padres de intención los que aparezcan directamente en el certificado de nacimiento del menor y que sean reconocidos con progenitores legales del mismo a todos los efectos.

Se exige, por tanto, tal y como dispone el artículo 292 del Acta, que al menos uno de los padres de intención, así como la gestante y su esposo o pareja de hecho, en caso de que los tuviere, tengan su residencia habitual en Sudáfrica conforme a las reglas del Acta 3 de 1992 sobre el Domicilio⁵⁵².

El domicilio sudafricano del o de los padres intencionales es el que determinará el órgano jurisdiccional competente a efectos de la aprobación judicial del convenio de gestación, y en cuanto a la legislación aplicable, las partes no podrán someter libremente el acuerdo a la ley que estimen oportuno, sino que conforme a la regla de Derecho internacional privado contenida en el artículo 292 del Acta, será la *lex fori* propia del órgano jurisdiccional competente la que necesariamente se deberá aplicar a efectos de aprobación del acuerdo, lo que otorga un alto grado de previsibilidad y seguridad jurídica a las partes en cuanto al derecho aplicable y, por tanto, resultados que se pueden esperar del proceso⁵⁵³. La limitación de esta práctica a personas que se hallen domiciliadas en territorio sudafricano, convierte al país como un destino menos atractivo para ejercer el turismo reproductivo, tal y como era la intención del legislador⁵⁵⁴.

El proceso de reproducción asistida deberá llevarse a cabo conforme a

⁵⁵² *Domicile Act no. 3 of 1992*. Disponible en: <<http://www.justice.gov.za/legislation/acts/1992-003.pdf>>. Última consulta: 22/08/2016.

⁵⁵³ SLABBERT, M. y ROODT, C., "20. South Africa"..., cit., pág. 304.

⁵⁵⁴ SLABBERT, M.N., "Legal issues relating to the use of surrogate mothers in the practice of assisted conception", *South African Journal of Bioethics and Law*, vol. 5, no. 1. Health & Medical Publishing Group, 2012. Pág. 28.

las provisiones contenidas en el Acta 61 de 2003 sobre la Salud Nacional⁵⁵⁵, no pudiendo iniciarse antes de la aceptación del acuerdo de gestación subrogada por parte de los Tribunales, ni transcurridos más de 18 meses tras la mencionada autorización judicial.

La gestante no deberá prestar su labor con la finalidad lucrativa, sino que su motivación debe ser completamente altruista, pretendiendo ayudar a alguien que quiere tener hijos pero que no puede hacerlo. Asimismo, debe estar sana y ser emocionalmente estable, y deberá haber tenido al menos un embarazo del que haya nacido un hijo propio vivo.

La norma prevé la posibilidad de que los padres intencionales sean persona individual o pareja, incluso del mismo sexo, pero se exige que no sean capaces de llevar un embarazo a término por motivos permanentes e irreversibles. Se exige la seriedad y adecuación de dichos padres intencionales para que puedan criar y educar al niño, así como su capacidad económica para que puedan prestarle los cuidados oportunos y cubrir sus necesidades⁵⁵⁶.

En cuanto al origen genético del niño, ambos progenitores intencionales deberán aportar sus gametos, salvo que ello no fuera posible por razones biológicas, médicas u otras válidas (como en el caso de parejas del mismo sexo), en cuyo caso será suficiente con que uno de ellos se halle relacionado genéticamente con el menor. En el caso de que nos encontremos ante un solo progenitor intencional, necesariamente deberá ser capaz de aportar su material genético para proceder a la fecundación, por lo que no será posible que se acojan a un proceso de gestación subrogada si adolecen de problemas médicos que les produzcan infertilidad.

En el caso de que la infertilidad afecte al progenitor individual o a ambos padres intencionales, en base a la legislación sudafricana no podrán optar a la

⁵⁵⁵ *National Health Act 61 of 2003*. Disponible en: <http://www.chr.up.ac.za/undp/domestic/docs/legislation_55.pdf>. Última consulta: 19/02/2013.

⁵⁵⁶ NEOFYTOU, A., "6.10. South...", cit., pág. 343.

paternidad a través de un proceso de subrogación⁵⁵⁷, siéndoles tan sólo posible proceder por la vía de la adopción, ya que al menos uno de ellos deberá tener vinculación genética con el niño.

Se requiere que tanto los padres intencionales como la gestante sean personas capaces y que comprendan íntegramente las consecuencias legales del acuerdo de gestación subrogada, el cual, no deberá en ningún caso podrá implicar contraprestación económica a favor de la gestante, ya sea en dinero como en especie, por lo que se prohíbe expresamente la modalidad comercial que sí se había permitido hasta dicho momento⁵⁵⁸.

El acuerdo de gestación subrogada producirá diversos efectos en el estatus del niño. En primer lugar, los padres intencionales serán considerados padres del niño a todos los efectos legales desde el mismo momento de su nacimiento, estando obligada la gestante a entregárselo tan pronto como sea posible tras el parto. En segundo lugar, la gestante, su esposo, pareja o familiares no tendrán ningún derecho sobre el niño (ni siquiera a contactar con el mismo, salvo que se haya pactado lo contrario en el acuerdo de gestación). En tercer lugar, no se podrá resolver el acuerdo de gestación por sustitución una vez llevado a cabo el proceso de fecundación artificial en la gestante. Y, por último, el niño no tendrá ningún derecho con respecto a la gestante, su esposo, pareja o familiares.

Por otra parte, Sudáfrica es uno de los pocos países que permite legalmente la gestación por sustitución en su variante tradicional, es decir, aportando la gestante su propio óvulo para la fecundación. Sin embargo, hacer uso de esta modalidad podría implicar muchos problemas legales, ya que, en este caso, la gestante podrá cambiar de idea y reclamar el hijo, dando por terminado el acuerdo de gestación unilateralmente en cualquier momento antes de transcurridos 60 días tras el parto.

⁵⁵⁷ NARSEE, A.J., "SA surrogacy law challenged". Times live, 2014. Disponible en: <<http://www.timeslive.co.za/thetimes/2014/10/15/sa-surrogacy-law-challenged>>. Última consulta: 21/08/2016.

⁵⁵⁸ AJAM, K., "Wombs for rent: state to act", IOL, 2008. Disponible en: <<http://www.iol.co.za/news/south-africa/wombs-for-rent-state-to-act-291108>>. Última consulta: 21/08/2016.

Para ello, bastará con una notificación por escrito al Juzgado, el cual, una vez comunicada, prestada audiencia a las partes intervinientes y comprobar que la terminación se produce voluntariamente por la gestante y que la misma comprende los efectos legales que ello conlleva, deberá dar por terminado el acuerdo. La gestante tan solo vendrá obligada a compensar a los padres intencionales por los gastos necesarios en que hubieran incurrido hasta el momento de la terminación.

Los efectos dependerán de si se produce antes o después del momento del parto. Si la terminación se produce antes del nacimiento del niño, se considerará padres legales del nacido a la gestante y a su esposo o pareja si existieran o, en defecto de estos, al padre intencional y biológico del menor junto con la gestante. Y si la gestante ejerciera su derecho a la terminación en un momento posterior al parto, será a los padres intencionales a quienes se considere padres legales del niño en un momento inicial, pero revirtiendo posteriormente dichos derechos a favor de la gestante y de su esposo o pareja si existieran o, en defecto de estos, al padre intencional y biológico del menor junto con la gestante.

También se prevé legalmente la terminación del acuerdo por interrupción voluntaria del embarazo por parte de la gestante, en los términos establecidos por el Acta 92/1996, sobre Interrupción Voluntaria del Embarazo⁵⁵⁹. No obstante depender dicha decisión únicamente de la gestante, se deberá informar previamente a los padres de intención, quienes podrán consultar a la gestante antes de que se lleve a cabo el aborto.

Salvo que la interrupción del embarazo se produzca por prescripción médica que así lo aconseje, la gestante estará obligada a devolver a los padres intencionales los gastos necesarios que hubieran satisfecho durante el proceso.

⁵⁵⁹ *Choice on Termination of Pregnancy Act 92 of 1996 (CTOP)*. Disponible en: <http://www.westerncape.gov.za/text/2015/February/92_of_1996_choice_on_termination_of_pregnancy_act_regs_gnr_168.pdf>. Última consulta: 21/08/2016.

En dicho sentido, el artículo 301 del Acta prevé las únicas compensaciones que los padres intencionales podrán realizar a la gestante, consistentes en: a) los gastos médicos y legales directamente relacionados con la fecundación asistida y embarazo de la gestante, el nacimiento del niño y la confirmación judicial del acuerdo de gestación; b) los ingresos que la gestante dejara de percibir como consecuencia del embarazo; y c) los gastos derivados de los seguros que pudieran cubrir el fallecimiento o incapacidad de la gestante derivados del proceso de subrogación.

A los mencionados efectos, dado los gastos mencionados en el Acta pueden tener la consideración de genéricos y podrían no distinguirse de una contraprestación encubierta a favor de la gestante⁵⁶⁰, la sentencia 29936/11, de octubre de 2011⁵⁶¹ dictada por el Tribunal Superior de North Gauteng en Pretoria, en el caso *ex parte WH y otros*, exige especificar y motivar en el acuerdo la idoneidad de los gastos que se abonarán a la gestante, hacer constar los datos identificadores de la agencia que medió en el proceso, así como la obligación de investigar y explicar la situación financiera de la gestante, y el modo en que la entrega del niño le puede afectar, incluyendo un informe médico que contenga los posibles peligros que el embarazo puede suponer tanto a la gestante como al bebé.

Todos dichos extremos requeridos por la sentencia que tienen la finalidad de asegurarse del carácter altruista del acuerdo⁵⁶², se han tomado por los órganos jurisdiccionales sudafricanos como directrices orientadoras que complementan la falta de previsión a dicho respecto en el Acta sobre los Niños de 2005.

⁵⁶⁰ SLABBERT, M.N., “Legal issues relating to...”, cit., pág. 28.

⁵⁶¹ CASE NO: 29936/11. *South Africa: North Gauteng High Court, Pretoria. Ex parte: WH and Others (29936/11) [2011] ZAGPPHC 185; 2011 (6) SA 514 (GNP); [2011] 4 All SA 630 (GNP) (27 September 2011)*. Disponible en: <<http://www.saflii.org/za/cases/ZAGPPHC/2011/185.html>>. Última consulta: 30/04/2017. En la referida sentencia de 2011, el juez tenía que resolver en relación a un acuerdo de gestación por sustitución altruista, suscrito por dos padres intencionales del mismo sexo de nacionalidad holandesa y danesa, respectivamente, domiciliados en Sudáfrica, que no habían aportado sus propios gametos.

⁵⁶² NEOFYTU, A., “6.10. South Africa...”, cit., pág. 341.

Basándose en el interés superior del menor, estableció que el requisito que la legislación sudafricana en relación con la idoneidad de los padres intencionales, debe valorarse desde el punto de vista de la capacidad de los mismos para prestar el cuidado adecuado al menor, tanto a nivel emocional como económico, y poder proporcionarle un entorno armónico en el que poder crecer y desarrollarse. Asimismo, afirmó que dada la especial naturaleza del contrato, los requisitos formales del acuerdo deben respetarse, incluido el relativo a la necesidad de que al menos uno de los padres de intención esté domiciliado y resida en Sudáfrica por periodo indefinido⁵⁶³, debiendo los jueces velar por el interés superior del menor a la hora de otorgar su autorización del acuerdo de gestación, autorización que no podrá ser considerada como un mero sello estampado en el acuerdo.

Los servicios médicos y jurídicos prestados *bona fide* por profesionales correspondientes relacionados directamente con la preparación, firma y ejecución del acuerdo suscrito entre los padres intencionales y la gestante, si están autorizados a percibir una contraprestación económica razonable por sus servicios prestados⁵⁶⁴.

Si se suscribiese algún acuerdo de gestación que no cumpliera con las previsiones contenidas en el Acta sobre los Niños, el artículo 297.2 prevé que el niño nacido será considerado a efectos legales como hijo de la mujer que lo gestó y dio a luz.

5.3.5. Rusia.

El primer caso documentado de gestación subrogada en Rusia se remonta al año 1995, en que una madre intencional cuyo hijo natural falleció a los pocos días de nacer, logro tener otro hijo a través de una gestante

⁵⁶³ BLACKBURN-STARZA, A., "South African court sets out guidelines for surrogacy arrangements", *Bionews*, no. 633. 2011. Disponible en: <http://www.bionews.org.uk/page_111585.asp>. Última consulta: 22/08/2016.

⁵⁶⁴ SLABBERT, M.N., "Legal issues relating to...", cit., pág. 30.

subrogada⁵⁶⁵.

En Rusia está permitida la gestación por sustitución, incluida su modalidad comercial⁵⁶⁶. No obstante, la legislación está fragmentada y no siempre es consistente, existiendo en algunos casos imprecisiones y contradicciones en relación con la gestación subrogada⁵⁶⁷.

Uno de los principales textos normativos en la materia es la Ley Federal sobre los Fundamentos de la Protección de la Salud de los Ciudadanos del año 2011, que contempla la gestación por sustitución como uno de los posibles tratamientos médicos contra la infertilidad⁵⁶⁸. Por lo que sólo admite su uso ante indicaciones médicas que así lo aconsejen. El artículo 55.10 de la Ley especifica claramente que la gestante no podrá en ningún caso ser quien aporte sus propios ovocitos para la fecundación, no pudiendo tener ningún tipo de vinculación genética con el niño, por lo que la legislación rusa prohíbe expresamente la gestación por sustitución parcial o tradicional. Sí podrán emplearse para la fecundación, gametos procedentes de donantes.

La Ley Federal del 2011, requiere en relación a la gestante que se encuentre en un rango de entre veinte y treinta y cinco años de edad, que tenga al menos un hijo sano propio y que cuente contar con un informe médico de que goza de un estado de salud adecuado. Si la gestante está casada, se precisará también el consentimiento de su esposo para llevar a cabo la subrogación⁵⁶⁹.

En cuanto a los padres de intención, la Ley establece que tendrán acceso a los tratamientos de reproducción asistida, entre los que se encuentra la subrogación, tanto parejas, como mujeres individuales que sean incapaces

⁵⁶⁵ IVANKIVA, M., "Russian Surrogate Moms Attract Foreigners", *The Moscow Times*, 2012. Disponible en: <<https://themoscowtimes.com/articles/russian-surrogate-moms-attract-foreigners-18051>>. Última consulta: 01/09/2016.

⁵⁶⁶ GERBER, P. y O'BYRNE, K., *Surrogacy, Law and...*, cit., pág. 136.

⁵⁶⁷ KHAZOVA, O., "6.9. Russia", en BRUNET, L. (Dir.), *A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States*, Pág. 333 a 338. European Parliament, European Union, 2013. Pág. 333.

⁵⁶⁸ KHAZOVA, O., "19. Russia...", cit., pág. 281-282.

⁵⁶⁹ VELA SÁNCHEZ, A.J., *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*. Comares. Granada, 2016. Pág. 89.

de llevar un embarazo a término. Pero no es clara la situación en relación a las parejas no casadas ni a los padres intencionales que deseen suscribir un acuerdo de subrogación de forma individual, ya que el Código Civil ruso tan sólo habla de “matrimonios”⁵⁷⁰. Sin embargo, diversos fallos de órganos jurisdiccionales rusos a los que se les han planteado dichos problemas, han ordenado al Registro del Estado Civil la inscripción de la filiación a favor de parejas no casadas, así como de hombres individuales, ya que de no hacerlo, se perjudicaría el interés superior del menor al quedarse los niños sin padres a efectos legales⁵⁷¹.

Pero en ningún caso tendrán derecho a la constatación registral de la filiación a su favor, los matrimonios homosexuales al estar expresamente prohibidos en la legislación rusa, tal y como se desprende, entre otros, de la Ley Federal sobre Protección de los Niños frente a Información susceptible de provocar Daños en su Salud o Desarrollo del año 2013⁵⁷², más conocida como “Ley Anti-Propaganda”⁵⁷³, que sanciona expresamente la promoción de relaciones sexuales no tradicionales y, en definitiva, el matrimonio o uniones entre personas del mismo sexo⁵⁷⁴.

El proceso de inscripción de la filiación a favor de los padres intencionales es relativamente sencillo⁵⁷⁵, no precisándose la intervención de ningún órgano jurisdiccional, sino que bastará que los padres de intención presenten ante el Registro del Estado Civil correspondiente, junto con la documentación para la inscripción de los nacimientos ordinarios que se exige en la Ley Federal sobre las Actas de Registro del Estado Civil de 1997, un

⁵⁷⁰ STEERING COMMITTEE OF BIOETHICS (CDBI), “Replies by the member States to...”, cit., disponible en: http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/Activities/04_Human_embryo_and_foetus_en/INF_2005_7%20e%20MAP.pdf. Última consulta: 24/08/2016. Pág. 18.

⁵⁷¹ KHAZOVA, O., “6.9. Russia...”, cit., pág. 282-285.

⁵⁷² *Federal Law of 29 June 2013, No 135-FZ. “Amendments to the law protecting children from information harmful to their health and development”*, 2013. Disponible en: <http://en.kremlin.ru/events/president/news/18423>. Última consulta: 01/09/2016.

⁵⁷³ “Russia: The Anti-Propaganda Law”, *Human Dignity Trust*, 2014. Disponible en: http://www.humandignitytrust.org/uploaded/Library/Other_Material/Briefing_on_Russias_federal_anti-propaganda_law.pdf. Última consulta: 01/09/2016.

⁵⁷⁴ SCHERPE, J.M., *The present and...*, cit., pág. 96.

⁵⁷⁵ FARNOS AMOROS, E., “European Society of Human Reproduction and Embryology 26th Annual Meeting. Roma, 27-30 de junio, 2010”. *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3/2010. Barcelona, 2010. Pág. 6.

certificado médico que acredite que la gestante presta su consentimiento libre y voluntario para el registro de los padres intencionales como padres legales del nacido. A partir de dicho momento, la gestante no tendrá ningún derecho sobre el menor⁵⁷⁶.

No obstante, el artículo 48 del Código de Familia ruso de 1995⁵⁷⁷ establece que la madre legal del niño es la mujer que da a luz, por lo que la gestante tendrá derecho a quedarse al nacido si lo estima oportuno y no prestar el consentimiento para su inscripción a favor de los padres de intención⁵⁷⁸.

En dicho sentido, la sentencia del Tribunal Constitucional Núm. 880-O, de fecha 15 de mayo de 2012, resolvió a favor de una gestante que rehusó prestar su consentimiento a favor de los padres intencionales para que pudieran inscribir a su favor la filiación del nacido, el cual se inscribió en el Registro del Estado Civil como hijo propio de la gestante⁵⁷⁹.

El referido artículo 48 del Código Civil también establece una presunción de paternidad legal a favor del esposo de la gestante, la cual se podrá desvirtuar por los cauces legales.

En cuanto a la nacionalidad del niño nacido a través de un proceso de gestación subrogada, la Ley Federal rusa sobre Ciudadanía del año 2002, se basa en el principio de que ningún niño carezca de nacionalidad. Por lo que si no fuera posible asignar al menor la nacionalidad de los padres de intención, el nacido tendrá derecho a adquirir la nacionalidad rusa⁵⁸⁰.

También orden núm. 67 dictada por el Ministro de Salud de la

⁵⁷⁶ VELA SÁNCHEZ, A.J., *La maternidad subrogada: estudio...*, cit., pág. 79.

⁵⁷⁷ *The Family Code of the Russian Federation, No. 223-FZ of december 29, 1995*. Disponible en: <<http://www.jafbase.fr/docEstEurope/RussianFamilyCode1995.pdf>>. Última consulta: 01/09/2016.

⁵⁷⁸ KHAZOVA, O., "6.9. Russia...", cit., pág. 337.

⁵⁷⁹ SCHERPE, J.M. (Ed.), *European Family Law, Vol. II. The Changing Concept of "Family" and Challenges for Domestic Family Law*. Edward Elgar Publishing. Cheltenham (UK), 2016. Pág. 212.

⁵⁸⁰ KHAZOVA, O., "6.9. Russia...", cit., pág. 338.

Federación rusa, de 26 de febrero de 2003, en materia de aplicación de las técnicas de reproducción asistida para el tratamiento de la infertilidad femenina y masculina, contiene previsiones en materia de gestación por sustitución⁵⁸¹.

En cuanto a las condiciones económicas de los acuerdos de gestación por sustitución, la legislación rusa no contiene ninguna mención al respecto, por lo que cabe la posibilidad de recurrir a acuerdos de carácter altruista, o bien acuerdos que prevean una contraprestación económica a favor de la gestante⁵⁸².

5.3.6. Vietnam.

El artículo 6.1 del Decreto vietnamita sobre Partos a través de Métodos Científicos⁵⁸³ de 2003, prohibía cualquier modalidad de gestación por sustitución llevada a cabo en Vietnam.

Pero desde la aprobación en el año 2014 de la nueva Ley de Matrimonio y Familia⁵⁸⁴ que entró en vigor el 1 de enero de 2015, la gestación por sustitución altruista y gestacional ha dejado de ser ilegal, manteniéndose en el artículo 5.2.g) la prohibición con respecto a la modalidad comercial.

La Ley establece los derechos y obligaciones que corresponden a las partes, define las condiciones que deben cumplir, así como los requisitos del contrato que contenga el acuerdo de gestación por sustitución, el cual deberá formalizarse por escrito en escritura pública y suscribirse voluntariamente por los intervinientes, que deberán contar con asesoramiento médico, legal y

⁵⁸¹ *RF Ministry of Health Order 2003 N° 67 "On Application of assisted reproduction technologies (ART) in therapy of female and male infertility".*

⁵⁸² KHAZOVA, O., "19. Russia...", cit., pág. 285-287.

⁵⁸³ *Decree on childbirth by scientific methods, 2003 (No. 12/2003/ND-CP)*. Disponible en: <<http://www.kenfoxlaw.com/resources/legal-documents/governmental-decrees/2123-vbpl.html>>. Última consulta: 24/08/2016.

⁵⁸⁴ *Vietnam Marriage and Family Law, 2014 (No. 52/2014/QH13)*. Disponible en: <<http://vietnamlawenglish.blogspot.com.es/2014/06/vietnam-marriage-and-family-law-2014.html>>. Última consulta: 24/08/2016.

psicológico⁵⁸⁵. La estricta regulación pretende introducir barreras a acuerdos de gestación por sustitución de carácter comercial⁵⁸⁶.

De momento sólo tres hospitales⁵⁸⁷ están autorizados gubernamentalmente para llevar a cabo dichos procesos, pero se prevé autorizar a más en lo sucesivo una vez se compruebe el funcionamiento de la Ley en la práctica.

Conforme al artículo 95 de la Ley, sólo podrán recurrir a una gestante subrogada, las parejas legalmente casadas que no tengan hijos en común, y tras un informe médico emitido por hospital cualificado acreditativo de que la esposa es incapaz de llevar un embarazo a término de modo permanente, ni siquiera mediante el uso de técnicas de reproducción asistida⁵⁸⁸. El embrión se debe crear con los gametos de ambos padres de intención y será implantado en la gestante conforme a las normas previstas para los tratamientos de fecundación *in vitro*⁵⁸⁹.

En cuanto a la gestante, la Ley exige que tenga una edad y condiciones físicas adecuadas para llevar a cabo la gestación, que sea pariente cercano de cualesquiera de los padres intencionales, que haya dado a luz previamente, y que goce de una autorización por escrito por parte de su esposo en caso de que se halle casada. Asimismo, solo se permite a la gestante someterse a un proceso de gestación subrogada una sola vez su la vida⁵⁹⁰.

⁵⁸⁵ JOHNSON, C., "Vietnam: New Family Law Adopted", *The Law Library of Congress*, 2015. Disponible en: <<http://www.loc.gov/law/foreign-news/article/vietnam-new-family-law-adopted/>>. Última consulta: 24/08/2016.

⁵⁸⁶ "New humanitarian changes to surrogacy laws", *Viet Nam News*, 2016. Disponible en: <<http://vietnamnews.vn/print/new-humanitarian-changes-to-surrogacy-laws/294013.html>>. Última consulta: 24/08/2016.

⁵⁸⁷ SYMONS, X., "Surrogacy comes to Vietnam", *BioEdge. Bioethic news from around the world*. 2016. Disponible en: <<http://www.bioedge.org/bioethics/surrogacy-comes-to-vietnam/11725>>. Última consulta: 24/08/2016.

⁵⁸⁸ HIBINO, Y., "Implications of the legalization of non-commercial surrogacy for local kinship and motherhood in Vietnamese society", *Reproductive BioMedicine Online*, vol. 30, febrero 2015. Reproductive Healthcare Ltd., 2015. Pág. 113-114.

⁵⁸⁹ "New Law on Marriage and Family", *Vietnam Law & Legal Forum*, 2015. Disponible en: <<http://vietnamlawmagazine.vn/new-law-on-marriage-and-family-4067.html>>. Última consulta: 24/08/2016.

⁵⁹⁰ TUNG, T. y CHAU, L., "Altruistic surrogacy now legal in Vietnam, bound by numerous limits", *Thanhnie News*, 2015. Disponible en: <<http://www.thanhnieenews.com/health/altruistic>>.

El artículo 94 de la Ley atribuye la filiación de los niños nacidos a partir de acuerdos altruistas de gestación por sustitución directamente a los padres intencionales desde el momento del nacimiento del menor.

Prevé la Ley que, en el caso de que ambos padres de intención fallecieran o perdieran su capacidad antes de recibir al niño, la gestante podrá hacerse cargo del mismo, a lo que no está obligada. Y en caso de que no lo hiciera, se nombraría a un tutor conforme a las previsiones establecidas a dichos efectos en la Ley y en el Código Civil vietnamita de 2005⁵⁹¹.

Las controversias que pudieran surgir entre las partes, se deberán solucionar ante los órganos jurisdiccionales competentes conforme a lo previsto en el artículo 99 de la Ley.

5.4. Cambio de tendencia en países típicos de turismo reproductivo.

El turismo reproductivo se puede definir como “la actividad realizada por aquellas parejas con determinados problemas reproductivos, que no pueden solucionar en su propio país, y se dirigen a otro donde pueden aplicarse el tratamiento que necesitan”⁵⁹². Las principales razones para viajar suelen ser las restricciones legales en el país de origen para acceder a la técnica de reproducción asistida *per se*, o por la inaccesibilidad a la misma por el paciente debido a sus características concretas, que pueden ser la edad, la orientación sexual o el estado civil, entre otros⁵⁹³.

La expresión “turismo reproductivo” guarda cierta relación con la definición del turismo como industria y, en definitiva, como un producto más del fenómeno de la globalización. Pero puede considerarse que dicha terminología

surrogacy-now-legal-in-vietnam-bound-by-numerous-limits-39867.html>. Última consulta: 24/08/2016.

⁵⁹¹ *Civil Code of the Socialist Republic of Vietnam (No. 33/2005/QH11)*. Disponible en: <http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=184162>. Última consulta: 24/08/2016.

⁵⁹² MATORRAS, R., “Reproductive exile versus reproductive tourism”, *Human Reproduction*, Vol. 20, Iss. 12. Oxford Journals, 2005. Pág. 3571.

⁵⁹³ SHENFIELD, F. et al., “Cross border reproductive care in six European countries”, *Human Reproduction*, Vol. 25, Iss. 6. Oxford Journals, 2010. Pág. 1361-1368.

banaliza las razones por las que los individuos acceden a las técnicas de reproducción asistida, por lo que es más correcto referirse a ella técnicamente como “*cross-border reproductive care*”⁵⁹⁴.

Dicha práctica supone eludir las leyes del propio país para acudir a aquél en que las leyes sean más flexibles, lo cual constituirá una opción tan sólo para las personas que puedan permitírselo económicamente. Asimismo, el control y seguridad jurídica de los intervinientes no será posible, con todos los riesgos que ello puede conllevar tanto para la gestante, como para el niño, como para los padres intencionales, aumentando el riesgo de que las mujeres de los países en desarrollo puedan ser explotadas por las personas procedentes de países más ricos⁵⁹⁵.

Ante los múltiples problemas que el turismo reproductivo genera en la práctica, muchos de los países que constituían destinos típicos para el mismo, como es el caso de India, México o Tailandia, están estableciendo requisitos más rígidos e incluso vetando el acceso a nacionales de otros países.

5.4.1. India y Nepal.

La falta de regulación en India de la gestación por sustitución, sus bajos costes médicos, su personal formado en Estados Unidos y Reino Unido, así como las gestantes de clase baja⁵⁹⁶, hacían que dicho país fuera uno de los principales destinos de turismo reproductivo en materia de subrogación.

No obstante, las múltiples complicaciones y falta de protección de los niños nacidos a través de la gestación subrogada⁵⁹⁷, han llevado a conflictos diplomáticos surgidos a raíz de los problemas que afrontaban los padres intencionales para llevar consigo a los bebés nacidos a partir de la

⁵⁹⁴ FARNOS AMOROS, E., “European Society...”, cit., pág. 7.

⁵⁹⁵ LAMM, E., “Gestación por sustitución. Realidad y...”, cit., pág. 22.

⁵⁹⁶ “La regulación de la gestación subrogada, de país a país”. 20 minutos, 2016. Disponible en: <<http://m.20minutos.es/noticia/2744893/0/gestacion-subrogada-paises/>>. Última consulta: 27/08/2016.

⁵⁹⁷ SMERDON, U.R., “12. India”, en TRIMMINGS, K. y BEAUMONT, P. (Coord.), *International Surrogacy Arrangements. Legal Regulation at the International Level*. Hart publishing, Oxford and Portland (Oregon), 2013. Pág. 193 y 194.

subrogación, han llevado a la aprobación de un proyecto de ley⁵⁹⁸ que prohíbe drásticamente el acceso a los extranjeros a la gestación por sustitución, quedando limitada a matrimonios heterosexuales con problemas de fertilidad domiciliados en la India que no tengan hijos⁵⁹⁹. Dicha decisión pretende demostrar que no se permite la explotación de las mujeres en la India, ante el gran número de clínicas y el negocio desregulado existente hasta dicho momento.

El caso de *Baby Manji* en India⁶⁰⁰, supuso uno de los puntos de inflexión que han llevado a las autoridades indias a legislar en la materia⁶⁰¹. En dicho caso, un matrimonio japonés contrató en el año 2007 a una gestante india para llevar a cabo el proceso de gestación subrogada de un embrión que se había generado a partir del esperma del padre intencional y del ovocito de una donante anónima. Durante el proceso de gestación, el matrimonio japonés se divorció, y tras el nacimiento, la madre intencional japonesa no quería hacerse caso de la niña nacida. Ante dicha situación, era complicado determinar la nacionalidad de la niña conforme a las legislaciones india y japonesa, o a quién de entre la gestante, la donante del ovocito o la comitente, correspondía atribuir la maternidad legal del niño. Por otra parte, el padre intencional japonés sí quería hacerse cargo de la niña, pero la legislación de la India prohíbe iniciar el proceso de adopción a hombres individualmente, por lo que no podía obtener la documentación necesaria para viajar con la niña de vuelta a su país de origen. Todo ello llevó a un conflicto diplomático en el que, finalmente, India permitió viajar a la niña junto con el padre intencional a Japón, pero abrió el debate en

⁵⁹⁸ “Inde: le gouvernement veut drastiquement restreindre la GPA”, *Magazine Goodplanet*, 2016. Disponible en: <<http://www.goodplanet.info/actualite/2016/08/25/inde-gouvernement-veut-drastiquement-restreindre-gpa/>>. Última consulta: 30/08/2016.

⁵⁹⁹ “No commercial surrogacy, only for needy Indian couples, Govt tells SC”, 2015. Disponible en: <<http://indianexpress.com/article/india/india-news-india/govt-to-make-commercial-surrogacy-illegal-panel-to-decide-on-cases-of-infertile-couples/>>. Última consulta: 26/08/2016.

⁶⁰⁰ Caso “*Baby Manji Yamada vs. Union Of India & Anr*”. *Supreme Court of India, Civil Original Jurisdiction, writ petition (c) no. 369 of 2008*. 29 septiembre 2008.

⁶⁰¹ POINTS, K., “Commercial Surrogacy and Fertility Tourism in India. The case of Baby Manji”, The Kenan Institute for Ethics at Duke University, 2009. Disponible en: <<https://web.duke.edu/kenanethics/CaseStudies/BabyManji.pdf>>. Última consulta: 31/08/2016.

torno a la gestación por sustitución⁶⁰².

Hasta el año 2012 bastaba visado turístico para acceder a la India e iniciar un proceso de gestación subrogada. Pero el 9 de septiembre de dicho año el Ministro de Asuntos Interiores dictó unas directrices⁶⁰³ que establecían los requisitos para obtener el preceptivo visado médico, debiendo acreditar los padres intencionales los siguientes extremos: a) ser un matrimonio heterosexual casado hace más de dos años; b) aportar una carta expedida por la Embajada o Ministro de Asuntos Exteriores del país de origen, acreditativa de que la subrogación está permitida en dicho país, así como que permitirían la entrada del nacido en dicho país de origen; c) el compromiso por parte de los padres intencionales de que se harían cargo del menor una vez nacido; d) que el tratamiento de reproducción asistida se llevaría a cabo en uno de los centros médicos autorizados; y e) que el acuerdo de gestación suscrito entre los padres intencionales y la gestante se formalizase ante notario. Dichas directrices también exigían para autorizar la salida del país de los padres intencionales junto con el niño, que justificaran que se habían hecho cargo de la custodia del mismo, así como que habían cumplido con todas las obligaciones contraídas con la gestante.

A raíz de una demanda presentada en el Tribunal Supremo de la India⁶⁰⁴ contra la gestación por sustitución, desde el 4 de noviembre de 2015⁶⁰⁵ ya no es legal el acceso para los extranjeros a la subrogación comercial en la India.

La prohibición India ha llevado a que muchas parejas acudan a Nepal para continuar con las solicitudes de procesos de gestación por sustitución, e

⁶⁰² DARNOVSKY, M., "Complications of Surrogacy: The Case of Baby Manji", *Biopolitical Times*, 2009. Disponible en: <<http://www.biopoliticaltimes.org/article.php?id=4923>>. Última consulta: 31/08/2016.

⁶⁰³ GOVERNMENT OF INDIA, "Guidelines issued by the Ministry of Home Affairs vide letter no. 25022/74/2011-F.I dated 9th July 2012 regarding foreign nationals intending to visit India for commissioning surrogacy", 2012. Disponible en: <<http://mha1.nic.in/pdfs/Surrogacy-111013.pdf>>. Última consulta: 26/08/2016.

⁶⁰⁴ "Despair over ban in India's surrogacy hub", *BBC News*, 2015. Disponible en: <<http://www.bbc.com/news/world-asia-india-34876458>>. Última consulta: 31/08/2016.

⁶⁰⁵ EMBASSY OF THE UNITED STATES IN NEW DELHI (INDIA), "Surrogacy, ART and IVF", 2015. Disponible en: <<http://newdelhi.usembassy.gov/service/reporting-births-and-citizenship-questions/surrogacy-a.r.t.-and-dna-testing>>. Última consulta: 26/08/2016.

incluso muchas de las gestantes indias que se encontraban embarazadas en el momento en que se implementaron las restricciones legales en su propio país, acudieron a Nepal para dar a luz a los niños y terminar con el proceso burocrático en dicho país⁶⁰⁶.

Pero a partir de la sentencia del Tribunal Supremo de Nepal, de fecha 25 de agosto de 2015⁶⁰⁷, se ha declarado expresamente la ilegalidad de dicha técnica. Prohibición que ha sido ratificada por el Gobierno nepalí en el mes de septiembre del mismo año, con efectos desde la fecha de la mencionada sentencia.

Por lo que, habiendo transcurrido el periodo transitorio durante el cual se permitía salir del país a los niños cuya gestación se hubiese iniciado antes de la entrada en vigor de la ley⁶⁰⁸, ya no existen supuestos en los que el Gobierno pueda entrar a decidir si permitir a los menores abandonar el país en compañía de sus padres intencionales.

5.4.2. Tailandia.

También en febrero de 2016 se ha aprobado en Tailandia la Ley de Protección de los Niños Nacidos a partir de Técnicas de Reproducción Asistida (ART), que prohíbe el acceso a la gestación por sustitución a comitentes extranjeros que acudan a dicho país en busca de gestantes, pero que continua considerándola legal para los nacionales tailandeses⁶⁰⁹. La nueva Ley prohíbe la gestación por sustitución comercial, con penas pecuniarias y privativas de libertad, que podrán alcanzar hasta diez años de prisión. Exige que los padres intencionales sean matrimonio heterosexual, cuya esposa no pueda llevar un embarazo a término, y que ambos cónyuges sean tailandeses o, si sólo uno de ellos lo fuera, que la pareja lleve al menos tres años casada. En cuanto a la

⁶⁰⁶ BELLVER CAPELLA, V., “¿Nuevas tecnologías?...”, cit., pág. 47.

⁶⁰⁷ EMBASSY OF THE UNITED STATES IN KATHMANDU (NEPAL), “Surrogacy services are banned in Nepal”, 2016. Disponible en: <<http://nepal.usembassy.gov/service/surrogacy-in-nepal.html>>. Última consulta: 31/08/2016.

⁶⁰⁸ LAMM, E., “Una vez más sobre...”, cit., pág. 67.

⁶⁰⁹ EKRAKSASILPCHAI, P., “Thailand: New Surrogacy Law”, *Global Legal Monitor. Library of Congress*. Abril 2015. Disponible en: <<http://www.loc.gov/law/foreign-news/article/thailand-new-surrogacy-law/>>. Última consulta: 27/08/2016.

gestante, se requiere que ya haya estado embarazada antes del proceso de gestación, y que sea familia de cualesquiera de los padres intencionales, salvo que se disponga de autorización expedida por el Ministro de Salud Pública en caso de que no se encuentre ninguna familiar a dichos efectos. No se acepta la gestación por sustitución tradicional, y se requerirá la firma de un acuerdo por escrito entre la gestante y los padres intencionales previo al inicio embarazo, así como el consentimiento expreso del cónyuge de la gestante en caso de que estuviera casada. Finalmente, los comitentes serán considerados padres legales del nacido a todos los efectos y no podrán rehusar hacerse cargo del niño.

La aprobación de dicha nueva normativa tailandesa se debe a una serie de escándalos que afectaron a la opinión pública en el año 2014⁶¹⁰. Principalmente, el caso de *Baby Gammy*⁶¹¹, un niño al que sus padres intencionales australianos se negaban a llevar consigo por haber nacido con síndrome de Down, pero sí se hicieron cargo de la hermana gemela del mismo que nació sana⁶¹². O el caso del joven millonario japonés de 24 años Mitsutoki Shigeta, que tuvo dieciséis hijos por subrogación y pretendía llegar a tener por esta vía tantos como fuera posible, descubriéndose su caso en agosto de 2014, cuando la policía de Bangkok descubrió a ocho bebés al cargo de niñeras en un apartamento de lujo, concebidos con los gametos de este joven y gestados por mujeres de origen tailandés⁶¹³.

A raíz de esta nueva normativa, mencionaremos especialmente el caso que ocurrió en el mes de marzo de 2016, en que una pareja homosexual

⁶¹⁰ "Thailand bans commercial surrogacy for foreigners". *BBC News*, 2015. Disponible en: <<http://www.bbc.com/news/world-asia-31546717>>. Última consulta: 26/08/2016.

⁶¹¹ Caso "*Baby Gammy*". *Family Court of Western Australia*. [2016] FCWA 1729. 14 April 2016.

⁶¹² Finalmente, ha sido la gestante de *Baby Gammy* quien se ha hecho cargo y está criando al niño. Más información en MARKS, K., "Baby Gammy: Australian father who abandoned Down syndrome surrogate child now tries to access funds donated for his care", *Independent*, 2015. Disponible en: <<http://www.independent.co.uk/news/world/australasia/baby-gammy-australian-father-who-abandoned-down-syndrome-surrogate-child-now-tries-to-access-funds-10261916.html>>. Última consulta: 31/08/2016.

⁶¹³ "Interpol opens probe as Thai police ID "baby factory" dad". *The Japan Times*, 2014. Disponible en: <http://www.japantimes.co.jp/news/2014/08/23/national/interpol-opens-probe-as-thai-police-id-baby-factory-dad/#.V-DcC6P_rcs>. O "Japanese Millionaire Mitsutoki Shigeta Awarded Custody". *Chiangrai Times*, 2015. Disponible en: <<http://www.chiangraitimes.com/japanese-millionaire-mitsutoki-shigeta-awarded-custody.html>>. Últimas consultas: 20/09/2016.

formada por dos hombres, uno de ellos norteamericano y el segundo español, tuvo que pelear judicialmente por los derechos de custodia sobre la hija que habían tenido de una gestante tailandesa⁶¹⁴, la cual, tras enterarse de la orientación sexual de los comitentes, quería quedarse a la niña y se negaba a firmar los documentos que permitían a la menor obtener un pasaporte para venir a España. El caso se complicó con la entrada en vigor de la ley, al no estar reconocidos en Tailandia los matrimonios entre personas del mismo sexo y hablar la norma de “marido y mujer”. Pero finalmente, el Juzgado de Familia de Bangkok otorgó la custodia legal de la niña a su padre intencional biológico norteamericano⁶¹⁵.

Con la prohibición de la gestación por sustitución comercial a los ciudadanos extranjeros en todos estos países del sudeste asiático, la industria lucrativa en la materia parece estar desplazándose a Camboya, pese a que no está claro si el proceso es legal en dicho país⁶¹⁶.

5.4.3. México.

Lo mismo sucederá en México, donde el artículo 4 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reconoce de modo general el derecho fundamental de toda persona a concebir⁶¹⁷, pero donde cada Estado tiene competencia para legislar en materia de Derecho de familia.

En este sentido, cada Estado, mediante sus respectivos Códigos Civiles o Familiares, han regulado las técnicas de reproducción asistida⁶¹⁸, pero en relación a la gestación por sustitución, algunos de ellos la han regulado con serias deficiencias⁶¹⁹, como es el caso de Tabasco⁶²⁰ o Sinaloa⁶²¹; otros

⁶¹⁴ “Gay parents fight for custody with surrogate in Thailand”. *Daily Telegraph*, 2016. Disponible en: <<http://www.telegraph.co.uk/news/2016/03/23/gay-parents-fight-for-custody-with-surrogate-in-thailand>>. Última consulta: 27/08/2016.

⁶¹⁵ “Gay couple win custody battle against Thai surrogate mother”. *BBC News*, 2016. Disponible en: <<http://www.bbc.com/news/world-asia-36139220>>. Última consulta: 27/08/2016.

⁶¹⁶ LAMM, E., “Una vez más sobre...”, cit., pág. 67.

⁶¹⁷ Con el tenor literal siguiente del art. 4o.: “Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos”.

⁶¹⁸ CONTRERAS LOPEZ, R.S., “La legislación mexicana civil y la maternidad sustituta”, *Cirujano General*, Vol. 35, Supl. 2., 2013. Pág. 155-159.

⁶¹⁹ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, L., “Maternidad subrogada: una mirada...”, cit., pág. 362.

introducen previsiones relativas al empleo de técnicas de reproducción asistida, pero no mencionan la subrogación, como sucede en México D.F.⁶²² o Sonora⁶²³; y un último grupo en el que se encuentra el Estado de San Luis Potosí⁶²⁴, que se pronuncian expresamente en contra de la subrogación.

No obstante, se ha aprobado por el Pleno del Senado de la República de México, una reforma⁶²⁵ que adiciona los artículos 61 Ter y 462 Ter a la Ley General de Salud, por los que se regula la gestación subrogada.

En lo sucesivo, en la misma línea que las modificaciones legales introducidas en India o Tailandia, tan sólo se permitirá en lo sucesivo el acceso a la modalidad altruista de la gestación subrogada a los nacionales mexicanos, sin finalidad de lucro de la gestante, a quien solo se podrá compensar por los gastos médicos y otros derivados del embarazo, parto, post-parto y puerperio.

Además, deberá mediar un acuerdo entre la gestante y los padres de intención y sólo se permitirá bajo estricta indicación médica, pudiendo aplicarse penas de entre 6 y 17 años de prisión y multa a quienes contravengan el tenor literal de la ley.

⁶²⁰ El art. 92 del Código Civil para el Estado de Tabasco de 1997 otorga la presunción legal de maternidad de niños nacidos mediante gestación por sustitución, directamente a favor de la madre intencional. Disponible en: <http://www.icnl.org/research/library/files/Mexico/Tabasco_Codigo_Civil_2011.pdf>. Última consulta: 26/08/2016.

⁶²¹ Los arts. 283 a 296 del Código Familiar del Estado de Sinaloa de 2013 contienen las previsiones legales relativas a la gestación por sustitución, que incluyen la admisión de todas sus modalidades, incluidas la tradicional y la onerosa. Disponible en: <http://www.laipsinaloa.gob.mx/images/stories/ARCHIVOS%20PUBLICOS/LEYES%20Y%20CODIGOS/2013/codigo_familiar.pdf>. Última consulta: 26/08/2016.

⁶²² Código Civil para el Distrito Federal de 1928. Disponible en: <http://www.ssp.df.gob.mx/TransparenciaSSP/sitio_sspdf/art_14/fraccion_i/normatividad_aplicable/59.1.pdf>. Última consulta: 26/08/2016.

⁶²³ Código Civil del Estado libre y soberano de Sonora de 1949. Disponible en: <<http://www.ordenjuridico.gob.mx/Publicaciones/CDs2006/CDImpJust/pdf/SON02.pdf>>. Última consulta: 26/08/2016.

⁶²⁴ El párrafo segundo del art. 147 del Código Civil para el Estado de San Luis de Potosí de 1946, establece que "Podrán ser utilizados los métodos de fecundación artificial o asistida, exceptuando la madre sustituta". Disponible en: <<http://www.ordenjuridico.gob.mx/Publicaciones/CDs2006/CDProcesal/pdf/SL2.pdf>>. Última consulta: 26/08/2016.

⁶²⁵ "Senado aprueba reforma para regular gestación subrogada", *Coordinación de Comunicación Social del Senado de la República de México*, 2016. Disponible en: <<http://comunicacion.senado.gob.mx/index.php/informacion/boletines/28267-senado-aprueba-reforma-para-regular-gestacion-subrogada.html>>. Última consulta: 31/08/2016.

5.5. Situación en los países de origen musulmán.

Mientras que la mayoría de la población mundial musulmana es Suní (se estima que en torno al 87%)⁶²⁶, la restante minoría es Chií. Dicha división se remonta al año 632, en que tuvo lugar la muerte del profeta Mahoma y que llevó a una lucha por el derecho a liderar a los musulmanes, la cual continúa claramente hasta el día de hoy⁶²⁷.

Aunque ambas ramas del Islam han coexistido durante siglos y han compartido muchas creencias y prácticas, se siguen manteniendo notables diferencias en materia de leyes, doctrina, rituales, teologías y organización.

Una gran parte de los países mayoritariamente musulmanes carecen de legislación clara y vinculante en materia de gestación por sustitución⁶²⁸, estando divididas las posturas doctrinales dependiendo, principalmente, de que su origen sea Suní o Chií.

La corriente Suní se considera la rama más tradicional y ortodoxa del Islam⁶²⁹, existiendo en dicho sentido un consenso prácticamente unánime entre la doctrina de no admitir la gestación subrogada, puesto que implica la introducción del esperma de un hombre en el útero de una mujer que no es su esposa, lo cual se considera completamente ilegal e inmoral⁶³⁰. Dicha corriente se apoya en decretos jurisprudenciales (*fatwas*), recomendaciones y decisiones jurídicas y expedidas por sus autoridades religiosas basándose en la *Sharia*.

⁶²⁶ "Sunitas y chiítas: ¿Qué es lo que los separa?", *RT News*, 2015. Disponible en: <<https://actualidad.rt.com/actualidad/167320-sunitas-chiites-diferencias-conflicto>>. Última consulta: 24/08/2016.

⁶²⁷ "Cuáles son las diferencias entre sunitas y chiítas, el trasfondo del conflicto entre Arabia Saudita e Irán". *BBC Mundo*, 2016. Disponible en: <http://www.bbc.com/mundo/noticias/2016/01/160104_sunitas_chiitas_diferencias_iran_arabia_saudita_aw>. Última consulta: 22/08/2016.

⁶²⁸ SHABANA, A.: "Foundations of the Consensus against Surrogacy Arrangements in Islamic Law", en POWERS, D.S. (Ed.), *Islamic Law and Society*. Editorial Brill, Leiden (The Netherlands), 2015. Pág. 82-113.

⁶²⁹ De hecho, la expresión "Suní" o "Sunita" procede de la expresión "Ahl al-Sunna", que significa: "la gente de la tradición".

⁶³⁰ AKBARSHAH, U.M.: "*Status of Surrogate Mother in Islamic prospective*", 2013. Disponible en: <<http://taakbs.blogspot.com.es/2013/06/status-of-surrogate-mother-in-islamic.html>>. Última consulta: 22/08/2016.

Algunos autores consideran que la gestación por sustitución no se debe aceptar en el Islam dado que Corán prevé el embarazo como el fruto de un matrimonio legítimo⁶³¹, lo cual no sucede al implantar en la gestante el embrión fecundado con los gametos del padre intención, que no es su esposo. Sí sería aceptable, en cambio, la utilización de técnicas de reproducción asistida en matrimonios heterosexuales, siempre que el embrión se vuelva a introducir en el útero de la mujer que aportó el óvulo, una vez fecundado con el material genético de su esposo⁶³².

Dicha rama de la doctrina, estima que aceptar la subrogación transgrede los límites del Islam, puesto que se introduce en el útero de la gestante esperma de un hombre con el que no está casada, lo que además implica una mezcla de linajes⁶³³, y que en cualquier caso nos encontraríamos ante un hijo ilegítimo, al no existir unión matrimonial entre la gestante y el padre de intención, y que para el caso de que la gestación por sustitución igualmente se llevará, es a la mujer gestó en su vientre y dio a luz al niño a quien se deberá considerar madre legal del nacido⁶³⁴.

Sin embargo, los Chiíes han aprobado decretos jurisprudenciales (*fatwas*) que permiten la gestación subrogada bajo su modalidad gestacional como tratamiento contra la infertilidad, considerando que solo conlleva transferir un embrión o feto de un útero a otro, lo cual no está expresamente prohibido, aunque permitiendo su acceso tan solo a parejas legalmente casadas⁶³⁵.

⁶³¹ Entre otros, HATHOUT, M.M., "Surrogacy. An Islamic perspective", *Journal of the Islamic Medical Association of North America (JIMA)*, vol. 21, 1989. Pág. 105-107; ISLAM, S. et al., "Ethics of Surrogacy: A Comparative Study of Western Secular and Islamic Bioethics", *Journal of the Islamic Medical Association of North America (JIMA)*, vol. 44, 2012. Disponible en: <<http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3708631/>>; o AKBARSHAH, U.M.: "Status of...", cit., disponible en: <<http://taakbs.blogspot.com.es/2013/06/status-of-surrogate-mother-in-islamic.html>>. Últimas consultas: 22/08/2016.

⁶³² HATHOUT, M.M., "Surrogacy. An Islamic...", cit., pág. 106.

⁶³³ ISLAM, S. et al., "Ethics of Surrogacy: A Comparative...", cit., disponible en: <<http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3708631/>>. Última consulta: 22/08/2016.

⁶³⁴ HATHOUT, M.M., "Surrogacy. An Islamic...", cit., pág. 106.

⁶³⁵ ARAMESH, K., "Iran's experience with surrogate motherhood: an Islamic view and ethical concerns", *J Med Ethics*, núm. 35, 2009. Disponible en: <<http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/19407039>>. Última consulta: 22/08/2016.

Siendo Chií la mayor parte de los ciudadanos de Irán, ante problemas de infertilidad, la gestación por sustitución se practica sin problemas en reconocidos hospitales en Teherán, así como en otras ciudades de Irán. Las autoridades religiosas aceptan la entrega de contraprestación económica a la gestante por parte de los padres de intención, lo cual cuestiona parte de la doctrina por motivos éticos, sugiriendo una modificación legislativa y la promulgación de decretos religiosos que lleven a la admisión de tan sólo la modalidad altruista⁶³⁶.

La corriente doctrinal musulmana que admite la posibilidad de optar por la gestación por sustitución, considera que nos encontramos ante una mera cuestión jurídica que se puede definir y ajustar con las previsiones legales oportunas dictadas al efecto, pudiéndose rebatir válidamente todos los argumentos, principalmente basados en la religión, alegados por quienes están en contra de dicha técnica de reproducción asistida⁶³⁷. Como, por ejemplo, el hecho de que alimentar al bebé a través del cordón umbilical, se podría equiparar a la práctica de amamantar a un bebé ajeno, lo cual si está permitido en el Islam⁶³⁸.

También en Kenia se viene practicando la gestación por sustitución⁶³⁹. En el año 2014, un niño que acababa de nacer a partir de esta técnica, fue retenido por un hospital de Nairobi y llevado a un centro de acogida, y tanto los padres intencionales y como la mujer que acababa de dar a luz en se vieron envueltos en serios problemas judiciales para recuperar al niño.

La sentencia de 30 de junio de 2014, acabo determinando que al no existir ninguna controversia entre la gestante y la madre intencional, el bebé

⁶³⁶ *Ibíd.*

⁶³⁷ NIAZI, S.M., "Islamic Law and the Surrogate Mother", *Islamabad Law Review*. 2014. Pág. 25-38.

⁶³⁸ AL MUKHTAR, R., "Not inconceivable anymore... Saudi women hiring surrogates abroad", *Arab News*. Jeddah (Saudi Arabia), 2013. Disponible en: <<http://www.arabnews.com/news/483316>>. Última consulta: 23/08/2016.

⁶³⁹ CHEGE, N. y LIGAMI, C., "Walking the minefield that is assisted reproductive technology", *The EastAfrican*. Nairobi (Kenia), 2014. Disponible en: <<http://www.theeastafican.co.ke/news/Walking-the-minefield-that-is-assisted-reproductive-technology/2558-2445454-view-printVersion-11ri75rz/index.html>>. Última consulta: 17/08/2016.

debía ser entregado a los padres de intención, teniendo la gestante derechos de visita a efectos de amamantar al bebé, así como el derecho de todos ellos a una indemnización derivada de las molestias a que se vieron sometidos. También determinó el juez David Majanja, que los padres de intención debían figurar directamente como progenitores del niño en el certificado de nacimiento⁶⁴⁰.

Una sentencia posterior de fecha 13 de febrero de 2015⁶⁴¹, revisa la cuestión de la inscripción de los nacidos a partir de esta técnica. La controversia surgió por los problemas ante los que se encontraron los progenitores intencionales de un niño para que le fuera otorgada la nacionalidad y pasaporte británicos al nacido, puesto que conforme a la legislación británica, no pueden aparecer directamente los dos padres de intención directamente en el certificado de nacimiento del menor. La sentencia ordenó que se modificara el certificado en el sentido de incluir a la gestante como madre legal, y que se agilizará el procedimiento de adopción del niño para que la filiación se estableciera lo más rápidamente posible a favor de los padres intencionales y, con ello, lograr la inscripción del nacimiento en el Consulado del Reino Unido.

Frente a los escasos países musulmanes que aceptan la gestación por sustitución, nos encontramos con una mayoría en que se encuentra prohibida. Como sucede, en el caso de Egipto, donde una *fatwa* dictada por un comité de expertos Islámicos prohíbe expresamente a las mujeres actuar como madres subrogadas⁶⁴². O en Kuwait, donde se considera prohibida por violar los sagrados lazos del matrimonio, siendo posible acabar en prisión si igualmente se lleva a cabo⁶⁴³.

⁶⁴⁰ *In the High Court at Nairobi, Milimani Law Courts, Constitutional and Human Rights Division, Petition No. 78 of 2014*. Disponible en: <<http://kenyalaw.org/caselaw/cases/view/99217/>>. Última consulta: 17/08/2016.

⁶⁴¹ *In the High Court of Kenya at Nairobi, Constitutional and Human Rights Division, Petition No.443 of 2014*. Disponible en: <<http://kenyalaw.org/caselaw/cases/view/99217/>>. Última consulta: 17/08/2016.

⁶⁴² HAWLEY, C., "Egypt clerics ban surrogate mothers", *BBC News*. 2001. Disponible en: <http://news.bbc.co.uk/2/hi/middle_east/1255577.stm>. Última consulta: 23/08/2016.

⁶⁴³ "Surrogacy? Not in Kuwait". *Al Bawaba*. Disponible en: <<http://www.mafhoum.com/press2/61S21.htm>>. Última consulta: 23/08/2016.

Marruecos será el primer país africano en prohibir expresamente la subrogación, la cual, una vez sea aprobada la propuesta legislativa No. 47-14 que regula los tratamientos de inseminación artificial⁶⁴⁴, se convertirá en delito, pudiéndose sancionar con penas de contenido económico y de hasta veinte años de prisión.

Finalmente, mencionaremos el caso de Arabia Saudí, donde estaba permitida si se llevaba a cabo entre dos mujeres del mismo esposo⁶⁴⁵, pero en la actualidad está prohibida por el Consejo Jurisprudencial Islámico.

Sin embargo, cada vez más familias saudíes adolecidas de infertilidad acuden al extranjero para contratar los servicios de gestantes en países europeos o asiáticos que les permitan convertirse en padres a través de esta técnica⁶⁴⁶.

⁶⁴⁴ "Morocco, new bill against surrogacy ready", *Assisted Human Reproduction: The European Legal Framework*. Abril 2016. Disponible en: <<http://repro.law.auth.gr/en/news/252>>. Última consulta: 23/08/2016.

⁶⁴⁵ COOK, R. et al., *Surrogate Motherhood: International Perspectives*, Hart publishing, Oxford and Portland (Oregon), 2003. Pág. 2.

⁶⁴⁶ AL MUKHTAR, R., "Not inconceivable...", cit., disponible en: <<http://www.arabnews.com/news/483316>>. Última consulta: 23/08/2016.

CAPÍTULO VI. REGULACIÓN LEGAL ESPAÑOLA EN LA MATERIA.

6.1. Antecedentes legislativos.

6.1.1. El “Informe Palacios”⁶⁴⁷.

Los novedosos tratamientos de fertilidad y reproducción asistida que en los años 70 aportaron soluciones a muchas parejas aquejadas por el problema de la esterilidad, supusieron la necesidad de abordar su regulación ante los riesgos que podían derivarse de una investigación científica sin limitaciones y de una mala utilización de la tecnología en el campo de la biomedicina.

Ello llevó a que, a iniciativa de algunos grupos parlamentarios, la Cámara de los Diputados mediante acuerdo de 2 de noviembre de 1984 creara una Comisión especial sobre fertilización extracorpórea, con la finalidad de aportar un estudio solvente sobre los complejos problemas que subyacen en esta importante innovación tecnológica y que sirviese como base a la hora de establecer un ulterior marco legal adecuado y necesario en la materia⁶⁴⁸. La referida Comisión, ante la restricción de su denominación inicial, pasó a denominarse posteriormente “Comisión Especial de Estudio de la Fecundación *In Vitro* y la Inseminación Artificial Humanas”⁶⁴⁹.

La Comisión, presidida por el Diputado socialista Marcelo Palacios⁶⁵⁰, contaba con un representante de cada uno de los grupos parlamentarios y fue asesorada por treinta y seis personalidades expertas en distintas áreas de

⁶⁴⁷ Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación *in vitro* y la Inseminación artificial humanas, aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados el 10 de abril de 1986. Disponible en: <http://www.congreso.es/public_oficiales/L2/CONG/BOCG/E/E_166.PDF>. Última consulta: 18/10/2016.

⁶⁴⁸ SOUTO PAZ, J.A., “El Informe Palacios y la Ley...”, cit., pág. 189.

⁶⁴⁹ PÉREZ MONGE, M., “Comentario a la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, por la que se modifica la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida”, *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, Núm. 14. Instituto Aragonés de la Mujer y Universidad de Zaragoza. Zaragoza, 2004. Pág. 24.

⁶⁵⁰ GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, M., *La fecundación in vitro y la filiación*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 1993. Pág. 35.

conocimiento relacionadas con la reproducción asistida, entre ellas, la biología, ginecología, ámbito jurídico, filósofos o moralistas. Tras diversas sesiones de trabajo y el estudio de varios documentos e informes tanto nacionales como extranjeros⁶⁵¹, la Comisión presentó en el mes de marzo de 1986 un informe muy completo, conocido como “Informe Palacios”, que abordó múltiples cuestiones relacionadas con la reproducción asistida y concluyó con una relación de ciento cincuenta y cinco recomendaciones.

Al no tratarse de un acuerdo alcanzado de forma unánime por todos los grupos parlamentarios, también contenía votos particulares o enmiendas que contenían diversas sugerencias relativas a los puntos en que hubo discrepancias⁶⁵².

Con carácter general, el Informe recomendaba autorizar la práctica de técnicas de reproducción asistida con la finalidad fundamental de actuar médicamente “ante la esterilidad irreversible de la pareja humana, para facilitar la procreación cuando las demás terapéuticas se hayan descartado por inadecuadas, ineficaces o imposibles de realizar”⁶⁵³, así como “para la prevención y eliminación de enfermedades de origen genético o hereditario”⁶⁵⁴, siempre que se encontrasen justificadas y autorizadas y se realizasen en Centros o Servicios Sanitarios especialmente cualificados y legitimados.

Para ello, consideraba necesario proceder a la aprobación de la legislación oportuna o, en su defecto, normas reglamentarias precisas, que posibilitasen y regulasen dichas técnicas, así como la investigación y experimentación en la materia, aconsejando tener especialmente en cuenta en dicha regulación legal “los intereses en conflicto de las mujeres receptoras, de los padres legales, de los donantes, de los futuros hijos, de los Centros

⁶⁵¹ Como el “Informe Warnock” de 1984, emitido por el *Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology* británico, en el que se basa la legislación británica en la materia. Tal y como se ha hecho constar anteriormente, en dicho informe se establece que no conviene celebrar acuerdos de gestación subrogada por las múltiples dificultades que suponen, pero que en el caso de que se llevasen a cabo, se debería evitar cualquier previsión contractual que obligase a la gestante a entregar al niño.

⁶⁵² CARCABA FERNÁNDEZ, M., *Los problemas jurídicos planteados por...*, cit., pág. 53-54.

⁶⁵³ Recomendación B).17 del Informe.

⁶⁵⁴ *Ibíd.*, recomendación B).18.

Sanitarios y de los colectivos profesionales que realicen o intervengan en la realización de estas técnicas”⁶⁵⁵.

Con respecto a los destinatarios de dichas técnicas, se preveía su empleo por parte de matrimonios o parejas heterosexuales estables, considerando como tales a aquéllas que mantuviesen una relación similar al matrimonio y que se comprometiesen a asumir, respecto de los hijos, los derechos y obligaciones que corresponderían a una pareja casada⁶⁵⁶.

También se contemplaba una posible autorización a mujeres solas que decidiesen acceder de forma individual a la maternidad, debiéndose obtener una valoración previa y razonable relativa a si contaban con las condiciones precisas para “gestar, mantener y educar dignamente al futuro hijo y para facilitarle el adecuado ambiente de bienestar”⁶⁵⁷. El tratamiento efectuado en dichas mujeres sería con cargo al erario público tan sólo si padecían una esterilidad irreversible que lo justificase, pero la recomendación I).120 del Informe permitía acceder a técnicas de inseminación artificial con semen de donante a mujeres solas no estériles, lo que parece desviarse sensiblemente de los criterios rigurosos que se mantenían en líneas generales en todo el texto legal, ya que se situaba en peor situación a las parejas estables que a las mujeres solas, al exigir a las primeras adolecer de una esterilidad irreversible para poder recurrir a las técnicas de reproducción asistida, condición que no se precisaba en las segundas⁶⁵⁸.

Con respecto a las parejas homosexuales, el Informe contenía una recomendación expresa de no autorizarles el empleo de técnicas de reproducción asistida⁶⁵⁹, pero ninguna mención relativa al acceso a las mismas por parte de hombres de forma individual puesto que, para ello, deberían contar con una mujer que llevase a cabo la gestación por cuenta de los mismos.

⁶⁵⁵ *Ibíd.*, recomendación A).3.

⁶⁵⁶ Aunque el Grupo Parlamentario Popular y el Grupo Parlamentario Vasco consideraban que dichas prácticas tan sólo deberían estar permitidas a parejas casadas.

⁶⁵⁷ Recomendación I).121 del Informe.

⁶⁵⁸ Tal y como establece el Grupo Parlamentario Minoría Catalana en su voto particular efectuado al Informe.

⁶⁵⁹ Recomendación A).10 del Informe.

En dicho sentido, la recomendación H) del Informe, denominada “gestación de sustitución”, establecía lo siguiente: “115. Deberá prohibirse la gestación de sustitución en cualquier circunstancia. 116. Deberán ser objeto de sanción penal o del tipo que procediera, las personas que participen en un contrato de gestación de sustitución, aunque no sea escrito, así como las personas, agencias o instituciones que las propicien, y los equipos médicos que las realicen. 117. Deberán ser objeto de sanción los Centros Sanitarios o Servicios en los que se realizarán las técnicas para la gestación de sustitución”.

Se reprobó, por tanto, la práctica de la gestación por sustitución bajo cualquier circunstancia, independientemente de la modalidad empleada para ello y estableciendo la necesidad de sancionar, incluso penalmente, a todas las personas intervinientes en los acuerdos de subrogación, así como a los restantes intermediarios que pudieran intervenir en el proceso, tanto de modo individual, como a los equipos médicos, instituciones, agencias, centros sanitarios y servicios que participasen de cualquier modo.

El “Informe Palacios” fue finalmente debatido y aprobado en sesión plenaria del Congreso de los Diputados de 10 de abril de 1986 y sus recomendaciones que abordaban numerosas cuestiones relacionadas con la reproducción asistida carecían de carácter vinculante, pero sirvieron de inspiración e influyeron notablemente⁶⁶⁰ en los sucesivos trabajos parlamentarios que llevaron a la Proposición de Ley 122/000061, sobre Donación y Utilización de Embriones y Fetos Humanos o de sus Células, Tejidos u Órganos⁶⁶¹, y la 122/000062, sobre Técnicas de Reproducción Asistida⁶⁶², ambas presentadas por el grupo socialista el día 9 de mayo de 1987, y que dieron lugar a la Ley 42/1988, de 28 de diciembre, sobre Donación y Utilización de Embriones y Fetos Humanos o de sus Células, Tejidos u

⁶⁶⁰ GODOY VAZQUEZ, M.O., *Régimen Jurídico de la Tecnología...*, cit., pág. 102.

⁶⁶¹ Proposición de Ley 122/000061, sobre Donación y Utilización de Embriones y Fetos Humanos o de sus Células, Tejidos u Órganos, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista. «BOE» núm. 73-1, de 9 de mayo de 1987.

⁶⁶² Proposición de Ley 122/000062, Técnicas de Reproducción Asistida, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista. «BOE» núm. 74-1, de 9 de mayo de 1987.

Órganos⁶⁶³, y a la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, respectivamente.

6.1.2. La Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida⁶⁶⁴ y normas de desarrollo.

Esta ley, tal y como se ha mencionado, se halla inspirada en el “Informe Palacios”. Es una iniciativa sin precedentes parlamentarios que indica la excepcionalidad y complejidad de la materia⁶⁶⁵, buscando fervientemente un equilibrio entre la dignidad humana y el progreso científico⁶⁶⁶, y permitiendo que la actividad en el sector se desarrollara de forma controlada y contando con un marco legal adecuado para dicho momento.

Su promulgación, que se logró pese a un recurso de inconstitucionalidad presentado contra la misma⁶⁶⁷, otorgó a España la consideración de país pionero en Europa en la regulación las técnicas de tratamiento de problemas de fertilidad, tan sólo precedida⁶⁶⁸ en nuestro entorno cultural y geográfico por la Ley sueca sobre Reproducción Asistida de 1984⁶⁶⁹ y el Proyecto de Ley alemán sobre Protección del Embrión de 1986⁶⁷⁰.

Con respecto a la figura de la gestación por sustitución, el artículo 10.1 de la Ley establecía que: “Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se

⁶⁶³ Ley 42/1988, de 28 de diciembre, de Donación y Utilización de Embriones y Fetos Humanos o de sus Células, Tejidos u Órganos. «BOE» núm. 314, de 31 de diciembre de 1988.

⁶⁶⁴ Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida. «BOE» núm. 282, de 24 de noviembre de 1988.

⁶⁶⁵ SOUTO PAZ, J.A., “El Informe Palacios y la Ley...”, cit., pág. 187.

⁶⁶⁶ LLEDÓ YAGÜE, F. et al., *Comentarios Científico-Jurídicos a la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo)*. Dykinson. Madrid, 2007. Pág. 12.

⁶⁶⁷ STC nº 116/1999, Pleno, de 17 de junio de 1999. Recurso de inconstitucionalidad 376/1989, promovido por Diputados del Grupo Parlamentario Popular contra la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, de Técnicas de Reproducción Asistida, en su totalidad y, subsidiariamente, contra distintos apartados de la misma («BOE» núm. 162, de 8 de julio de 1999).

⁶⁶⁸ LLEDÓ YAGÜE, F. et al., *Comentarios Científico-Jurídicos...*, cit., pág. 12.

⁶⁶⁹ *Lag (1984:1140) om insemination*. Ley sueca 1140/1984, sobre Reproducción Asistida. Disponible en: <https://www.riksdagen.se/sv/dokument-lagar/dokument/svensk-forfattningssamling/lag-19841140-om-insemination_sfs-1984-1140>. Última consulta: 12/12/2016.

⁶⁷⁰ *Embryo Protection Bill*, 1986. En MONTPETIT, E. et al., *The Politics of Biotechnology in North America and Europe. Policy Networks, Institutions and Internationalization*. Lexington Books. Plymouth (UK), 2007. Pág. 146.

convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna en favor del contratante o de un tercero”, respetando con ello la recomendación al respecto contenida en el Informe Palacios, pero sin llegar a establecer ningún tipo de sanción, más allá de la nulidad, tal y como recomendaba el Informe. Contiene dicho artículo, por tanto, una prohibición general de la gestación por sustitución y un status de maternidad prevalente⁶⁷¹.

Dicha referencia expresa a la subrogación es la primera que aparece en la legislación española en el sentido de respetar el principio común en los países de la Europa continental tendente a evitar que la gestación y reproducción no puedan ser objeto de tráfico jurídico⁶⁷².

El artículo 10, dado que en el momento de aprobación de la Ley ya era manifiesta la posibilidad de disociar la maternidad biológica de la intencional gracias a la aplicación de TRA, plasmó en su segundo apartado, por primera vez en la legislación española, la tradicional regla *mater semper certa est*⁶⁷³, que hasta este momento no había precisado de formulación positiva alguna, al resultar obvio y evidente que la filiación materna venía determinada por el parto y no cabía pensar que la gestante no fuera, a su vez, la madre genética o biológica del niño⁶⁷⁴.

Finalmente, el último apartado del repetido artículo 10, dejaba a salvo una “posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”. Por lo que si la mujer a la que se inseminase o transfiriese el embrión se hallare casada, conforme al artículo 116 del Código Civil, se consideraría al nacido como hijo matrimonial de la gestante y su esposo, pese a que posteriormente podría ser impugnada la filiación

⁶⁷¹ MARTÍNEZ-CALCERRADA, L., *Derecho tecnológico. La nueva inseminación artificial (Estudio Ley 22 de noviembre 1988)*. Central Artes Gráficas, S.A. Torrejón de Ardoz (Madrid), 1989. Pág. 303.

⁶⁷² FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOSES, A.S., “Eficacia jurídico-registral del contrato...”, cit., pág. 22; y BAUTISTA ZARRALUQUI, J.B., “Maternidad subrogada”, *Revista Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 815 (Tribuna), Pamplona, 2011, pág. 1.

⁶⁷³ “Artículo 10.2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.”

⁶⁷⁴ JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J., *La reproducción asistida y su régimen jurídico*. Editorial Reus. Madrid, 2012. Pág. 112.

paterna por la vía del artículo 10.3, salvo si hubiera prestado su consentimiento para que su esposa fuera sometida al tratamiento de reproducción asistida, en cuyo caso, en virtud del artículo 8.1 de la ley estaría actuando como si reconociese al futuro hijo, no pudiendo en ese caso impugnar la paternidad⁶⁷⁵.

Si, por el contrario, la gestante era soltera, la filiación paterna resultaría indeterminada, por lo que cabría la posibilidad de que el comitente que aportó sus gametos procediera al reconocimiento del hijo, siendo posible interponer contra el mismo, incluso, una acción de reclamación de filiación no matrimonial conforme a lo dispuesto en el artículo 133 del Código Civil, si tras producirse el nacimiento se negare a reconocer al nacido, lo que no sería posible si se hubiera recurrido a un donante masculino de gametos⁶⁷⁶.

La Ley 35/1988 fue objeto de desarrollo normativo mediante el Real Decreto 412/1996⁶⁷⁷, de 1 de marzo, por el que se establecen los Protocolos Obligatorios de Estudio de los Donantes y Usuarios relacionados con las Técnicas de Reproducción Humana Asistida y se regula la Creación y Organización del Registro Nacional de Donantes de Gametos y Preembriones con Fines de Reproducción Humana, así como por el Real Decreto 413/1996⁶⁷⁸, de 1 de marzo, por el que se establecen los Requisitos Técnicos y Funcionales precisos para la Autorización y Homologación de los Centros y Servicios Sanitarios relacionados con las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, éste último, que junto con los mencionados parámetros, establece los requisitos relativos a los equipos biomédicos relacionados con las técnicas de reproducción asistida, de los bancos de gametos y preembriones o de las

⁶⁷⁵ RAMÍREZ NAVALÓN, R.M., "Comentario a la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida", *Revista Española de Derecho Canónico*, Vol. 48. Universidad Pontificia de Salamanca. Salamanca, 1991. Pág. 250-251.

⁶⁷⁶ *Ibid.*, pág. 251.

⁶⁷⁷ Real Decreto 412/1996, de 1 de marzo, por el que se establecen los Protocolos Obligatorios de Estudio de los Donantes y Usuarios relacionados con las Técnicas de Reproducción Humana Asistida y se regula la Creación y Organización del Registro Nacional de Donantes de Gametos y Preembriones con Fines de Reproducción Humana. «BOE» núm. 72, de 23 de marzo de 1996.

⁶⁷⁸ Real Decreto 413/1996, de 1 de marzo, por el que se establecen los Requisitos Técnicos y Funcionales precisos para la Autorización y Homologación de los Centros y Servicios Sanitarios relacionados con las Técnicas de Reproducción Humana Asistida. «BOE» núm. 72, de 23 de marzo de 1996.

células, tejidos y órganos de embriones y fetos⁶⁷⁹.

La finalidad del Real Decreto 412/1996, de 1 de marzo, tal y como resulta de su exposición de motivos, fue la de obtener una “uniformidad en criterios básicos y mínimos a los que habrá de someterse a los donantes de productos utilizables en reproducción asistida, que permita tanto el control sanitario de los mismos como el nivel de calidad exigible, descartando en la medida de lo posible la aparición de malformaciones y enfermedades congénitas de carácter hereditario de la descendencia”⁶⁸⁰, pero siempre tratando de garantizar la confidencialidad sobre los datos obtenidos.

A dichos efectos, se requiere que los donantes tengan un buen estado de salud física, sean mayores de edad, y no cuenten con más de 35 años, con respecto a las mujeres donantes de ovocitos, ni más de 50 años, en cuanto a los donantes masculinos de gametos, todo ello con la finalidad de reducir la probabilidad de aparición de malformaciones cromosómicas⁶⁸¹.

Tras haber sometido a los donantes de gametos y preembriones al correspondiente consentimiento informado, que incluirá tanto la explicación de los estudios y procedimientos a los que serán sometidos en los centros y servicios autorizados⁶⁸², como la finalidad y consecuencias de la donación,

⁶⁷⁹ Existiendo, asimismo, otros textos normativos, como el Real Decreto 120/2003, de 31 de enero, por el que se regulan los requisitos para la realización de experiencias controladas, con fines reproductivos, de fecundación de ovocitos o tejido ovárico previamente congelados, relacionadas con las técnicas de reproducción humana asistida («BOE» núm. 40, de 15 de febrero de 2003), o el Real Decreto 1720/2004, de 23 de julio, por el que se establecen las tipologías fisiopatológicas que permiten la superación de los límites generales establecidos para la fecundación de ovocitos en procesos de reproducción asistida («BOE» núm. 180, de 27 de julio de 2004), que desarrollan algunos aspectos concretos relacionados con las TRA.

⁶⁸⁰ Y buscando también que los equipos biomédicos, gracias a la información proporcionada, logren seleccionar, tanto el tratamiento médico más idóneo a utilizar en los usuarios de TRA, como lograr la selección de aquéllos donantes que guarden una mayor similitud fenotípica con dichos usuarios.

⁶⁸¹ Art. 2 R.D. 412/1996.

⁶⁸² A los donantes se les someterá, entre otros, a un examen físico y a un reconocimiento médico, cuyo resultado se hará constar su historia clínica que contendrá, además de sus antecedentes personales y familiares, datos relativos a su grupo sanguíneo, su factor Rh, tests o estudios clínicos para la detección de marcadores de VIH, sífilis, hepatitis, neisseria gonorrhoeae y chlamydia trachomatis, etc., debiendo ser excluidos aquéllos que den positivo en alguna de las pruebas, aquéllos que tengan antecedentes familiares de malformaciones ligadas a cromosopatías, genopatías o metabolopatías, y también los donantes “que

éstos deberán plasmar su voluntad mediante un contrato escrito que establezca el carácter voluntario, altruista, gratuito y desinteresado de la donación, no debiendo existir en ningún caso retribución económica para los donantes, ni pudiéndose exigir un precio a los receptores de los gametos o preembriones donados.

Asimismo, el Real Decreto, en cumplimiento al mandato establecido en la disposición final tercera de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, que instaba al Gobierno a regular en el plazo de un año “la creación y organización de un Registro Nacional informatizado de donantes de gametos y preembriones con fines de reproducción humana”, estableció su constitución como un Registro Único en el que figurasen los registros individuales de todos los donantes aceptados, a los cuales se identificaría mediante un número de clave interno. El Registro debía hallarse integrado por las bases de datos de todos los centros o servicios autorizados por las distintas Comunidades Autónomas, mediante su agregación en una Base Central administrada y dependiente del Ministerio de Sanidad y Consumo. Asimismo, su funcionamiento se desarrolló la Orden de 25 de marzo de 1996 por la que se establecen las normas de funcionamiento del Registro Nacional de Donantes de Gametos y Preembriones⁶⁸³, con la finalidad de garantizar que su actividad se desarrolle bajo las máximas garantías de exactitud, integridad, puntualidad y confidencialidad.

No obstante, a día de hoy, casi treinta años después de que la Ley de 1988 estableciera de modo imperativo su creación y organización, la realidad es que todavía no existe un Registro de donantes de gametos⁶⁸⁴. Ello, pese a la importancia que podría llegar a tener dicho Registro en aquellos supuestos en que, la posibilidad de obtener información acerca del origen biológico de una persona, podría facilitar el acceso al tratamiento adecuado para hacer frente a una enfermedad cromosómica o sanguínea basada en su herencia genética.

hubieran generado seis descendientes o más por reproducción asistida o no asistida”. Todo ello conforme a los arts. 4 y 6 del R.D., respectivamente.

⁶⁸³ Orden de 25 de marzo de 1996 por la que se establecen las normas de funcionamiento del Registro Nacional de Donantes de Gametos y Preembriones. «BOE» núm. 106, de 2 de mayo de 1996.

⁶⁸⁴ GARCÍA RUIZ, Y., “Sin registro de donantes...”, cit., pág. 43.

Además, el hecho de que no exista en la actualidad ningún organismo español que conozca y centralice la identidad de hombres y mujeres donantes de gametos, impide conocer, entre otros extremos, si se cumple con la prohibición de que el esperma de un mismo varón dé lugar al nacimiento de más de seis niños, cifra que puede haber sido superada por números donantes⁶⁸⁵, e incluso para evitar problemas de consanguinidad e impedir que las gestantes pudieran llegar a sufrir dolencias derivadas de la endogamia⁶⁸⁶.

Finalmente, el Real Decreto 415/1997⁶⁸⁷, de 21 de marzo, por el que se crea la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida⁶⁸⁸ en cumplimiento a la previsión normativa establecida en la disposición final cuarta de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, fijó los requisitos de constitución, composición, funciones y atribuciones del mencionado órgano colegiado, permanente y de carácter consultivo, dependiente del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, que está dirigido a asesorar y orientar sobre la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida, contribuir a la actualización y difusión de los conocimientos científicos y técnicos en esta materia, y elaborar criterios funcionales y estructurales de los centros y servicios donde las técnicas se realizan.

Los incesantes avances científicos en la materia, pronto hicieron necesaria una profunda revisión de la Ley 35/1988, que fue operada mediante

⁶⁸⁵ GALLARDÓ, A., "España ignora cuántos hijos tienen los donantes de semen". *El Periódico de Aragón*. 04/10/2009. Disponible en: <http://www.elperiodicodearagon.com/noticias/sociedad/espana-ignora-cuantos-hijos-tienen-donantes-semen_528853.html>. Última consulta: 07/01/2017.

⁶⁸⁶ "PSOE pide un registro nacional de donante de gametos que garantice seguridad". *La Vanguardia*. 25/10/2016. Disponible en: <<http://www.lavanguardia.com/local/sevilla/20161025/411311036515/psoe-pide-un-registro-nacional-de-donante-de-gametos-que-garantice-seguridad.html>>. Última consulta: 07/01/2017.

⁶⁸⁷ Real Decreto 415/1997, de 21 de marzo, por el que se crea la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida. «BOE» núm. 70, de 22 de marzo de 1997.

⁶⁸⁸ Dicho R.D. fue modificado por el Real Decreto 906/2007, de 6 de julio, por el que se modifica el Real Decreto 415/1997, de 21 de marzo, por el que se crea la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida («BOE» núm. 178, de 26 de julio de 2007), que atribuyó nuevas funciones a la Comisión, dotándole de una estructura más ágil y especializada, y constituyó asimismo una Comisión Técnica para facilitar el trabajo del Pleno. Y fue, finalmente, derogado por el Real Decreto 42/2010, de 15 de enero, por el que se regula la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida («BOE» núm. 30, de 4 de febrero de 2010).

la Ley 45/2003⁶⁸⁹, de 21 de noviembre, cuya finalidad principal fue la de otorgar un destino a los embriones sobrantes que se mantenían congelados y que los usuarios de las técnicas de fecundación *in vitro* no deseaban utilizar ni para su propia reproducción, ni para donarlos a otras parejas. Con ello, se pretendía evitar la posible generación de nuevos embriones que careciesen de finalidad reproductiva⁶⁹⁰.

La Ley 45/2003 diferenciaba entre el régimen otorgado a los preembriones crioconservados tras su entrada en vigor y del asignado a los que existían previamente⁶⁹¹, dispensándoles un trato distinto dependiendo de la fecha en que fueron generados.

También limitaba la producción a un máximo de tres ovocitos en cada ciclo reproductivo, lo que impedía poner los medios para lograr el mayor éxito con el menor riesgo posible para la salud de la mujer, dificultando con ello la práctica ordinaria de las técnicas de reproducción asistida y comprometiendo su eficacia.

Pero las modificaciones introducidas sólo dieron respuestas parciales a las necesidades planteadas y pronto se tornaron en insuficientes y la evolución de técnicas o métodos biomédicos relacionados con la fecundación artificial no cesó, y las nuevas necesidades llevaron a la promulgación de la actual Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA), que deroga la legislación anterior.

6.2. La gestación por sustitución en la regulación vigente.

6.2.1. La Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de

⁶⁸⁹ Ley 45/2003, de 21 de noviembre, por la que se modifica la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida. «BOE» núm. 280, de 22 de noviembre de 2003.

⁶⁹⁰ VEIGA, A., “Exposición de motivos”, en LLEDÓ YAGÜE, F. et al., *Comentarios Científico-Jurídicos a la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo)*. Dykinson. Madrid, 2007. Pág. 17-18.

⁶⁹¹ PÉREZ MONGE, M., “Comentario a la Ley 45/2003...”, cit., pág. 24.

Reproducción Humana Asistida⁶⁹² y normativa complementaria.

La Ley 14/2006, de 26 de mayo, que deroga la legislación anterior, trató de corregir las deficiencias advertidas en materia de reproducción humana asistida, incorporando las necesidades reales⁶⁹³ que se fueron concretando gracias a las directrices definidas en las reuniones previas a su aprobación por la CNRHA⁶⁹⁴, a la que la Ley refuerza en su papel asesor⁶⁹⁵.

Se prevé que la CNRHA emita informes preceptivos acerca de todos los proyectos nuevos que se promuevan, pero al mismo tiempo, se mantiene la capacidad decisoria de las diferentes autoridades sanitarias, siendo competencia de las Comunidades Autónomas la autorización de cada proyecto concreto, respetando con ello la realidad autonómica del Estado español.

La Ley regula las técnicas de reproducción asistida acreditadas científicamente y clínicamente indicadas en la actualidad, recogiendo en el apartado A) de su anexo⁶⁹⁶ las expresamente permitidas, lo que otorga seguridad jurídica a los profesionales que las aplican, pero también a las personas que acuden a ellas como vía de acceso a la paternidad o maternidad, a los donantes de gametos y preembriones con fines de reproducción humana, e incluso a los bebés nacidos a partir de las mismas.

⁶⁹² Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. «BOE» núm. 126, de 27 de mayo de 2006.

⁶⁹³ Como, entre otros, fijando una definición clara del concepto de preembrión (art. 1.2), prohibiendo expresamente la clonación en seres humanos con fines reproductivos, eliminando los límites para la generación de ovocitos en cada ciclo reproductivo, o eliminando las diferencias en la consideración de preembriones crioconservados antes de la entrada en vigor de la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, y los generados posteriormente.

⁶⁹⁴ Página web oficial de la Comisión: Disponible en: <<http://www.cnrha.msssi.gob.es/>>. Última consulta: 25/03/2016.

⁶⁹⁵ No obstante, se hace constar expresamente que esta norma sigue sin regular específicamente la objeción de conciencia dentro de este campo, pese a los múltiples dilemas éticos, religiosos o morales susceptibles de entrar en conflicto a distintos niveles, y que pueden afectar desde a las autoridades sanitarias, investigadores o el personal sanitario, hasta llegar a los propios usuarios de las técnicas de reproducción asistida. En NAVARRO-VALLS, R. Y MARTÍNEZ-TORRÓN, J., *Conflictos entre Ley y conciencia*, 2ª ed. Iustel. Madrid, 2012. Pág. 173.

⁶⁹⁶ El apartado A) del anexo de la ley, establece como técnicas de reproducción asistida permitidas las siguientes: 1. Inseminación artificial. 2. Fecundación *in Vitro* e inyección intracitoplásmica de espermatozoides con gametos propios o de donante y con transferencia de preembriones. 3. Transferencia intratubárica de gametos.

El listado fijado por la Ley adopta un criterio abierto⁶⁹⁷ al facultar a las correspondientes autoridades sanitarias para autorizar, previo informe de la CNRHA, la práctica provisional y tutelada de nuevas técnicas experimentales que pudieran surgir en el futuro, las cuales, una vez constatada su evidencia científica y procedimental, podrán ser incluidas expresamente por el Gobierno, mediante real decreto, en el listado del anexo, evitando con ello el sistema de *numerus clausus* anterior.

Además, más allá de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida a la solución de los problemas de esterilidad, se extiende su ámbito de actuación al diagnóstico genético preimplantacional, posibilitando la selección de preembriones para evitar enfermedades genéticas que en la actualidad carezcan de tratamiento curativo y para, con el debido control y previa autorización administrativa, que los preembriones seleccionados sirvan para salvar la vida de un familiar enfermo⁶⁹⁸.

En relación con la figura de la subrogación, su artículo 10 continua manteniendo el criterio anterior en la materia, estableciendo que: “1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. 3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”.

Dicha solución también respeta los principios marcados en el Informe del año 1989 emitido por el Comité *Ad Hoc* de Expertos en el Progreso de las

⁶⁹⁷ Frente a la anterior Ley 35/1988, de 22 de noviembre, que enumeraba mediante una lista cerrada las posibilidades técnicas existentes en dicho momento, fijando los límites legales de actuación en relación con cada una de ellas. Por lo que las nuevas técnicas que fueron surgiendo se encontraban en situación de vacío legal o ante la necesidad de realizar una interpretación extensiva de la ley en vigor en dicho momento.

⁶⁹⁸ Todo ello, en línea con lo dispuesto en el art. 11 y siguientes 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 (Convenio relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina), hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997 y ratificado por España mediante instrumento de 5 de octubre de 1999 («BOE» núm. 251, de 20 de octubre de 1999).

Ciencias Biomédicas del Consejo de Europa (CAHBI)⁶⁹⁹, que cuando se empleen técnicas de reproducción médicamente asistidas dirigidas a lograr un embarazo, recomienda considerar la mujer que da a luz como madre legal del nacido⁷⁰⁰, y establece una prohibición generalizada de la gestación subrogada. No obstante, en relación con esta última, deja a salvo la posibilidad de que los Estados, en supuestos excepcionales y legalmente determinados, puedan permitir llevar a cabo tales procesos, siempre que se garantice que no existe contraprestación económica a favor de la gestante y que se le conceda un derecho de arrepentimiento, es decir, de poder optar por quedarse con el niño tras su nacimiento.

La Ley española parte de la existencia de la gestación por sustitución como una técnica de reproducción asistida⁷⁰¹, pero sin profundizar en su concepto. Tal y como hemos visto, se limita a definir al contrato que la tenga por objeto como aquél cuya finalidad consista en pactar la gestación a cargo de una mujer, quién deberá comprometerse a renunciar a la filiación del niño que portará en su vientre a favor del o de los contratantes, o bien a favor de un tercero que éstos designen⁷⁰², sancionando a dichos contratos con la nulidad de pleno derecho, tanto si tienen carácter oneroso, como gratuito. Se trata, por tanto, de “un acuerdo de voluntades en relación a un *concepturus*, por el que una parte encarga a una mujer la gestación, alumbramiento y entrega del nacido al comitente o a un tercero, con o sin precio, renunciando a reclamar la determinación legal de su maternidad”⁷⁰³, renuncia que, conforme a la actual redacción del artículo, podría entenderse como un consentimiento a la adopción prenatal, la cual se halla expresamente prohibida en el artículo 177.2 del Código Civil⁷⁰⁴.

El hecho de que se sancione con la nulidad de pleno derecho a todo tipo de contrato, independientemente de que concurra o no un beneficio lucrativo a

⁶⁹⁹ Principles set out in the report of the Ad Hoc Committee of Experts on Progress in the Biomedical Sciences (CAHBI). Council of Europe, 1989.

⁷⁰⁰ Principio 14 del Informe CAHBI.

⁷⁰¹ JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J., *La reproducción asistida y...*, cit., pág. 105.

⁷⁰² Art. 10.1 LTRHA.

⁷⁰³ FERRER VANRELL, M.P. “Artículo 10. Gestación por sustitución...”, cit., pág. 160.

⁷⁰⁴ *Ibíd.*, pág. 160.

favor de la gestante, pretende disipar cualquier duda relativa al ámbito de restricción legal de la norma, dejando clara la voluntad del legislador de que la nulidad de pleno derecho afecte a cualquier contrato que la tenga por objeto, independientemente de que medie o no contraprestación económica⁷⁰⁵, reiterando con ello la recomendada prohibición establecida en el Informe Palacios.

La Ley tampoco distingue entre la variante tradicional y la gestacional puesto que, independientemente de la modalidad a la que se recurra, le será igualmente negada la producción de cualquier efecto jurídico conforme a la norma.

El segundo apartado del artículo 10, acogiéndose a la máxima del Derecho romano *mater semper certa est*, atribuye a favor de la gestante la condición de madre a efectos legales del nacido, que vendrá determinada por el parto.

No obstante, tal y como refleja el apartado 3 del artículo, quedará a salvo una posible “acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico”, de conformidad con las reglas generales contenidas en el artículo 131 y siguientes del Código Civil, y artículo 764 y siguientes de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil⁷⁰⁶.

Dicha acción de reclamación de la filiación paterna tan solo se prevé con respecto del padre biológico, pero no con respecto de la mujer que hubiere aportado sus gametos y sea por tanto la “madre genética” del nacido, y podrá ser interpuesta tanto por parte del hijo, como por parte del padre biológico, debiendo ejercitarse en cualquier caso ante el órgano jurisdiccional competente, en base a los criterios de competencia judicial internacional que

⁷⁰⁵ GODOY VAZQUEZ, M.O., *Régimen Jurídico de la Tecnología...*, cit., pág. 303.

⁷⁰⁶ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. «BOE» núm. 7, de 8 de enero de 2000.

resultan de los artículos 22 y siguientes⁷⁰⁷ de la Ley Orgánica del Poder Judicial⁷⁰⁸.

Sin embargo, pese a la nulidad de pleno derecho con que se sanciona dichos contratos, en la práctica, quienes acuden a países extranjeros para tener hijos a partir de dicha técnica, logran obtener el efecto último derivado del contrato, consistente en la inscripción de la filiación del menor a favor de los padres intencionales, lo que para algunos autores⁷⁰⁹ supone una actuación fraudulenta y contraria a la ley por buscarse una norma de cobertura que permita amparar un resultado expresamente prohibido por una norma española a la que consideran de orden público y, por tanto, con efectos de obligado cumplimiento y superioridad en su aplicación.

Parte de la doctrina⁷¹⁰ no se encuentra conforme con permitir la inscripción de la filiación de dichos contratos de subrogación suscritos en el extranjero, ya que, en base al principio de derecho '*in claris non fit interpretatio*', del espíritu y literalidad de la norma se desprende la nulidad de pleno derecho de la figura de la subrogación y una necesaria atribución de la filiación materna de los nacidos por dicha técnica a favor de la madre.

Con respecto a la donación de gametos y preembriones para fines reproductivos, en sentido idéntico⁷¹¹ a lo establecido en la anterior ley del año 1988, el artículo 5 establece el carácter gratuito, formal y confidencial de los contratos suscritos entre los donantes y los centros autorizados a dichos

⁷⁰⁷ En su redacción dada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial («BOE» núm. 174, de 22 de julio de 2015).

⁷⁰⁸ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. «BOE» núm. 157, de 2 de julio de 1985.

⁷⁰⁹ QUIÑONES ESCÁMEZ, A., "Doble filiación paterna...", cit., pág. 29. O el presidente del Foro Español de la Familia, Don Benigno Blanco, en declaraciones efectuadas al diario ABC el 8 de octubre de 2010, que considera que "inscribir a los hijos de madres de alquiler es un fraude de ley", disponible en <http://hemeroteca.abc.es/nav/Navigate.exe/hemeroteca/madrid/abc/2010/10/08/056.html>.

Última consulta: 08/01/2016.

⁷¹⁰ En el voto particular de la STS nº 953/2016, Sala de lo Social, Pleno, de 16 de noviembre de 2016, rec. 3146/2014 (Id Cendoj: 28079149912016100035). Pte. Doña María Luisa Segoviano Astaburuaga, emitido por el Magistrado de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo Don José Manuel López García de la Serrana, y al que se adhirieron Doña María Milagros Calvo Ibarlucea, Don José Luis Gilolmo López y Don Jesús Souto Prieto.

⁷¹¹ ÁLVAREZ, J.G., "Artículo 5. Donantes y contratos de donación...", cit., pág. 84.

efectos, los cuales deberán otorgarse en forma escrita, previo consentimiento informado⁷¹² y con una redacción que resulte accesible y comprensible incluso a personas con discapacidad, tal y como resulta del artículo 5.4. Desde un punto de vista técnico-jurídico, tal y como indica DÍEZ SOTO⁷¹³, cabe admitir el empleo del término “donación” para referirse al acto por el que un sujeto presta su consentimiento para la obtención, conservación y utilización eventual por parte de terceros de su material genético, pero no cabe la posibilidad de considerar a tal acto como un verdadero contrato, puesto que recae sobre cosas que están fuera del comercio conforme al artículo 1271 del Código Civil. Dicho autor, considera que la naturaleza de dichos actos consiste, más bien, en “consentimiento o autorizaciones legalmente exigidas para practicar intervenciones sanitarias sobre el propio cuerpo o para disponer de partes determinadas o productos de éste”.

Los donantes deberán contar con más de 18 años de edad, buen estado de salud psicofísica y plena capacidad de obrar, lo cual deberá acreditarse mediante un protocolo obligatorio de estudio mínimo en el que se comprobará, entre otros extremos, que los donantes no padecen enfermedades genéticas, hereditarias o infecciosas que se pudieran transmitir a sus descendientes⁷¹⁴. El número máximo de hijos nacidos en España generados con gametos de un mismo donante estará limitado a seis⁷¹⁵, y se fundamenta en la intención de evitar que se produzca un futuro encuentro entre hermanos, con los consiguientes problemas de consanguinidad que conllevaría⁷¹⁶.

No podrán percibir a cambio de la donación cantidad o beneficio económico alguno que suponga un incentivo para efectuar la donación. El artículo 5.3 tan sólo permite abonar por parte de los centros autorizados una

⁷¹² SOTO LAMADRID, M.A., *Bioética, filiación y...*, cit., pág. 515.

⁷¹³ DÍEZ SOTO, C., “Artículo 5. Donantes y contratos de donación. Comentario jurídico”, en LLEDÓ YAGÜE, F. y OCHOA MARIETA, C. (Dir.), *Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo)*. Dykinson. Madrid, 2007. Pág. 90.

⁷¹⁴ *Ibíd.*, pág. 95.

⁷¹⁵ Por tanto, una interpretación literal de la Ley permitía concluir que no computarían a efectos de dicho límite máximo, los hijos nacidos fuera de España resultantes de los gametos donados por una misma persona. ÁLVAREZ, J.G., “Artículo 5. Donantes y contratos de donación...”, cit., pág. 87.

⁷¹⁶ *Ibíd.*, pág. 87.

compensación económica resarcitoria⁷¹⁷ fijada legalmente a dichos efectos, dirigida a compensar estrictamente por las molestias físicas o los gastos de desplazamiento y laborales en que incurran los donantes, imponiendo a dichos centros a prohibición expresa de alentar donaciones mediante la oferta de compensaciones o beneficios económicos.

Las donaciones de gametos, que incluyen tanto la de semen como la de óvulos u ovocitos, tendrán carácter irrevocable, salvo que el donante precise para sí los gametos donados y sigan estando disponibles a la fecha de la revocación y previo pago de cualquier gasto que se hubiera podido originar en el centro autorizado. La supresión de la referencia preexistente relativa a la necesidad de dichos gametos por parte del donante debido a una infertilidad sobrevenida, como causa de necesidad justificable de la donación, plantea el problema de delimitar cuándo puede entenderse que el donante necesitará los gametos para sí o, expresado de otro modo, si cabrá calificar la revocación de improcedente ante la no existencia de una causa que lo justifique⁷¹⁸.

El artículo 5.5 de la Ley 14/2006 establece el anonimato de las donaciones, debiéndose garantizar la confidencialidad de los datos relativos a la identidad de los donantes que figuren tanto en los bancos de donantes, como en los Registros correspondientes. No obstante, se permite a las receptoras de los gametos y preembriones, así como a los hijos nacidos a partir de los mismos o a sus representantes legales, acceder a la información general correspondiente a los donantes que no incluya datos de identidad. También se contiene una previsión excepcional que permite romper el anonimato, accediendo a la identidad de los donantes con ciertas garantías y a modo de excepción, en aquellos supuestos en los que concurren circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del

⁷¹⁷ Que tal y como ya se ha comentado, suele ascender a entorno unos 50 euros para las donaciones de gametos masculinos, frente a 600 euros para las donaciones de gametos femeninos, al ser el proceso de extracción de óvulos mucho más molesto y sofisticado. Dicha cuantía de 600 euros se estableció en el año 1998 por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, siguiendo las recomendaciones de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida. No obstante, algunas clínicas llegan a ofrecer hasta unos 1.000 euros. En ÁLVAREZ, J.G., "Artículo 5. Donantes y contratos de donación...", cit., pág. 84. Y GODOY VAZQUEZ, M.O., *Régimen Jurídico de la Tecnología...*, cit., pág. 282.

⁷¹⁸ DÍEZ SOTO, C., "Artículo 5. Donantes y contratos de...", cit., pág. 91.

hijo⁷¹⁹ y la revelación de la identidad de dicho donante sea indispensable para evitar el peligro.

Resulta, cuanto menos, curioso, el hecho de que la Ley 14/2006 sea tan permisiva en torno a la donación de gametos y de preembriones, y que sancione con la nulidad de pleno derecho la gestación por sustitución, dado que como apunta DE LOS SANTOS MOLINA, desde un punto de vista puramente científico, no “existe diferencia alguna entre la gestación que se inicia en un útero receptivo tras el tratamiento de donación de ambos gametos o en el caso de adopción embrionaria, y la que tiene lugar en los casos en los que una pareja por ausencia de útero decide realizar una fecundación *in vitro* con sus gametos y transferir su embrión a un útero donde tampoco existe vinculación genética alguna”⁷²⁰. El punto de partida de ambas técnicas, tanto de la donación de gametos como de la gestación por sustitución, fue el descubrimiento de la posibilidad de transferir embriones genéticamente ajenos sin que se produjera rechazo⁷²¹. Por ello, técnicamente debería asistir el mismo derecho a formar una familia a aquellas personas que necesitan recurrir a la colaboración de personas ajenas que donan su material reproductor a la pareja receptora, para que ésta pueda gestar a su propio hijo, que el de aquellas otras familias que necesitan recurrir a una gestante para que porte en su vientre el hijo fecundado con los gametos de ambos padres intencionales, de alguno de ellos o, incluso, de ninguno, pero concurriendo el firme propósito de formar una familia gracias a la ayuda de otra persona, ya sea para aportar sus gametos, como para llevar a cabo la gestación.

Por otra parte, entre los principales problemas jurídicos que plantean las técnicas de reproducción asistida, se encuentra la necesidad de determinar la filiación de los nacidos a través de dichas técnicas para saber de qué personas

⁷¹⁹ Conforme al art. 5.5, también será posible acceder a la identidad de los donantes cuando proceda con arreglo a las leyes penales y la revelación sea indispensable para conseguir el fin legal propuesto.

⁷²⁰ DE LOS SANTOS MOLINA, M.J., “Artículo 10. Gestación por sustitución. Comentario científico”, en LLEDÓ YAGÜE, F. y OCHOA MARIETA, C. (Dir.), *Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo)*. Dykinson. Madrid, 2007. Pág. 90.

⁷²¹ FERRER VANRELL, M.P. “Artículo 10. Gestación por sustitución...”, cit., pág. 159.

son hijos desde el punto de vista legal, de lo que dependerá la atribución de los derechos que les pudieran corresponder derivados de dicha filiación⁷²², cuya regulación se encuentra en las leyes civiles, a salvo de las especificaciones que resultan de los artículos 7 al 10, ambos inclusive, de la Ley 14/2006.

En relación con la filiación materna, prima la regla general de la maternidad obstétrica frente a la genética, la volitiva o la intencional, considerándose madre en todo caso a la mujer que da a luz, independientemente de que se hubiera recurrido a la donación de ovocitos para poder alcanzar el embarazo. Y con respecto a la paternidad, con carácter general, vendrá determinada, bien por la aportación genética, o bien de la existencia de un consentimiento prestado a la aplicación de las técnicas de reproducción asistida en la mujer señalada.

A dichos efectos, si la mujer gestante estuviera casada, y ella o su esposo hubieran prestado su consentimiento formal, previo y expreso a la fecundación con donación de gametos, no podrán impugnar después la filiación matrimonial del niño nacido a partir de los gametos donados (art. 8.1 LTRHA 2006). Ello supone una *fictio legis* que permite otorgar al nacido el status de hijo matrimonial, en aquellos casos en que el material genético empleado no proceda del cónyuge de la gestante, o ni siquiera de ninguno de los consortes⁷²³.

Y con respecto a los hombres no casados al momento de emplear la técnica de reproducción asistida de que se trate, también podrán prestar dicho consentimiento en el documento extendido ante el centro o servicio autorizado, que se considera escrito indubitado a efectos de determinar la filiación no matrimonial respecto del mismo, quedando a salvo una reclamación judicial de paternidad del menor (art. 8.2 LTRHA 2006), dado que sería posible una yuxtaposición eventual de acciones, bien por una tercera persona, o incluso por el propio marido de la gestante, pese a que los visos de prosperabilidad de

⁷²² LÓPEZ PELÁEZ, P. "Filiación y reproducción...", cit., pág. 102.

⁷²³ 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 (1ª parte)". *Revista de la Escuela de Medicina Legal*. Núm. 9 (2008). Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 2008. Pág. 40.

dichas acciones sean complicados⁷²⁴.

En ambos supuestos, el consentimiento prestado por el esposo, compañero, conviviente, pareja de hecho o, simplemente, por “varón no casado”, equivale a una asunción de paternidad, pese a que ninguno de ellos fuera biológicamente el progenitor del niño⁷²⁵.

Con respecto a los donantes de gametos, si se hubiera podido acceder a su identidad por la vía excepcional contemplada en el artículo 5.5 de la Ley 14/2006, no implica en ningún caso la posibilidad de determinación legal de la filiación a su favor.

En el caso de la gestación por sustitución, pese ser nulos los contratos que la tengan por objeto, si estos se llevaran a cabo, procederá determinar la filiación de los nacidos, a cuyos efectos la Ley 14/2006 mantiene el criterio de la gestación y del parto para la establecer filiación materna, aunque el óvulo procediera de la madre intencional, y con respecto a la filiación paterna, tal y como establece FERRER VANRELL⁷²⁶, habrá que atender a diversas posibilidades:

1º. Si la gestante estuviera casada: a) si nos encontrásemos ante una “fecundación homóloga”, es decir, que ambos gametos procediesen de ambos consortes (la gestante y su esposo), la filiación quedará determinada como matrimonial, coincidiendo la paternidad legal y la biológica, por lo que los comitentes no podrán ejercitar ninguna acción para reclamar el cumplimiento del contrato de gestación subrogada; b) si, por el contrario, nos encontramos ante una “fecundación heteróloga”, en la que los gametos femeninos proceden de la gestante o de una donante de ovocitos, y los masculinos del padre intencional o de un donante anónimo, si el cónyuge de la gestante efectuase un consentimiento previo al tratamiento de fecundación, quedaría determinada la filiación como matrimonial y a favor de ambos consortes, no pudiendo ser

⁷²⁴ LÓPEZ PELÁEZ, P. “Filiación y reproducción...”, cit., pág. 103.

⁷²⁵ BERROCAL LANZAROT, A.I., “De nuevo sobre la reproducción...”, cit., pág. 40.

⁷²⁶ FERRER VANRELL, M.P. “Artículo 10. Gestación por sustitución...”, cit., pág. 163-165.

impugnada por el padre intencional aunque éste hubiera aportado sus propios gametos. Mientras que si el cónyuge de la gestante no presta su consentimiento a la fecundación, se inscribiría al hijo como no matrimonial, y el comitente podría efectuar una reclamación judicial de paternidad con arreglo a las normas del Código Civil en el caso de que fuera él quien hubiera aportado sus gametos para la fecundación. Pero si los gametos procedieran de donante anónimo, al no ser el comitente el padre genético del niño, ni poder hacer valer el acuerdo de gestación subrogada, tan sólo podría prestar el consentimiento prevenido en el artículo 8.2 de la ley si él no estuviera casado, y la gestante se hallare separada.

2º. Sin embargo, si la mujer gestante no estuviera casada, será mucho más sencillo determinar la filiación no matrimonial a favor de la misma y del padre intencional, tanto si el gameto masculino procede del comitente, como si procede de donante anónimo, a cuyos efectos bastaría con que el progenitor intencional hubiera prestado su consentimiento previo a la fecundación con arreglo a lo previsto en el artículo 8.2.

En relación a las parejas del mismo sexo, si éstas estuvieran integradas por dos mujeres casadas entre sí, una de ellas podrá consentir expresamente en que se determine a su favor la filiación con respecto al hijo nacido de su esposa (art. 7.3). Pero si estuvieran conformadas por dos hombres, dada la imposibilidad de gestación masculina, no les quedaría más remedio que recurrir a una mujer que gestara un hijo para ellos, para lo cual, deberían acudir a un país extranjero en el que estuviese permitida la gestación por sustitución. Ahora bien, si los integrantes de la pareja, o uno sólo de ellos, llevasen a cabo un acuerdo de gestación por sustitución en España, al margen del equipo médico que aplicara las técnicas de reproducción asistida, una vez nacido el niño, el padre que hubiera aportado sus gametos para la fecundación, en base al principio *pater est quem sanguinis demonstrat*, podría reclamar la paternidad del niño y, posteriormente, cónyuge o persona unida al progenitor del menor por análoga relación de afectividad a la conyugal podría proceder a la adopción del niño (art. 176.2.2º CC), siempre que la gestante renunciase a sus derechos paterno-filiales y prestase su asentimiento para la adopción una vez

transcurridas seis semanas tras el parto (art. 177.2 CC)⁷²⁷.

Por otra parte, la Ley 14/2006 también contiene diversas previsiones relativas al Registro Nacional informatizado de donantes de gametos y preembriones con fines de reproducción asistida, figurando en su Preámbulo que en el mismo deberán figurar “los hijos nacidos de cada uno de los donantes, la identidad de las parejas o mujeres receptoras y la localización original de unos y otros en el momento de la donación y de su utilización”. En el artículo 21 de la ley se dispone que dicho Registro estará adscrito al Ministerio de Sanidad y Consumo y que en él se harán constar los datos proporcionados a dichos efectos por las Comunidades Autónomas en lo que respecta a su ámbito territorial correspondiente. También deberá informar con carácter anual a la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida sobre los datos recogidos en sus registros, considerándose la ausencia de suministro de información por parte de los centros durante el periodo de un año como infracción grave.

España cuenta, por tanto, con una detallada y minuciosa regulación que delimita las competencias de dicho Registro de donantes, establece su utilidad, prevé su relevancia y establece las sanciones aplicables en caso de incumplimiento del deber de suministro de información al mismo. Pese a ello, así como pese a estar prevista su creación de modo imperativo desde la primera ley que reguló la reproducción asistida en España en el año 1988, la realidad es que en la actualidad sigue sin existir, lo que quizás se deba, tal y como apunta GARCÍA RUIZ, a intereses económicos alejados de la buena práctica y la ética médica, que pretenden que no se reduzcan las donaciones de gametos, así como por las aparentes ventajas que se derivan de la inexistencia de un Registro de donantes, que permiten a España “continuar siendo líder y destino preferente de quienes buscan calidad y buen hacer en el marco de la reproducción asistida”⁷²⁸.

⁷²⁷ *Ibíd.*, pág. 165-166.

⁷²⁸ GARCÍA RUIZ, Y., “Sin registro de donantes...”, *cit.*, pág. 51.

Actualmente, y hasta la creación de un Registro nacional⁷²⁹ de donantes, la responsabilidad de controlar que no se exceda el límite, recae en los centros autorizados, los cuales tan sólo podrán efectuar el control mediante la identificación fehaciente de la identidad de los donantes y recogiendo la declaración de éstos en cada donación sobre si han efectuado otras previas, las condiciones de éstas, el momento y centro en que se hubieran practicado⁷³⁰, lo que convierte en prácticamente imposible controlar el número de hijos que nacen actualmente de un mismo donante en nuestro país, pudiendo acarrear importantes problemas de consanguinidad en el futuro⁷³¹.

También se plantea la cuestión de dónde será posible obtener los datos de identidad de los donantes ante una situación excepcional y urgente en que acceder a dicha información pueda ser vital, estando en manos de las clínicas la posibilidad de recabar una serie de datos sobre los donantes de gametos, los cuales podrían no estar fácilmente disponibles, por diversas razones⁷³².

Además, del referido Registro de donantes de gametos y preembriones con fines de reproducción humana, ya previsto en la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, se crea con carácter asociado o independiente del mismo, un Registro de actividad de los centros y servicios de reproducción asistida (art. 22 LTRHA 2006) en el que se harán constar los datos relativos a la tipología de las técnicas y procedimientos empleados, tasas de éxito y otras cuestiones que

⁷²⁹ También se intentó crear un Registro de donantes de gametos y preembriones en la Comunidad Autónoma de Extremadura, mediante el Decreto 71/2011, de 13 de mayo, por el que se aprueba el programa público de donación de ovocitos de Extremadura y se crean la Comisión Extremeña de Técnicas de Reproducción Humana Asistida y los Registros de donantes de gametos y preembriones de Extremadura y de actividades y resultados de los centros y servicios de reproducción asistida de Extremadura (publicado en el DOE número 95, de 19 de mayo de 2011), por el que, en consonancia con las exigencias de la Ley 14/2006, contemplaba “en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Extremadura, sendos registros que coadyuven a la consecución de tales fines”. El Registro extremeño de donantes de gametos y preembriones se adscribía a la Dirección General de Planificación, Formación y Calidad de la Consejería de Sanidad y Dependencia y a él debían comunicar la información correspondiente todos los Centros o Servicios autorizados en el ámbito territorial de dicha Comunidad Autónoma. No obstante, estaba previsto que mediante Orden dictada por la Consejería competente se regulara la organización y funcionamiento de dicho Registro, la cual todavía no se ha dictado.

⁷³⁰ Conforme al art. 5.7 de la Ley 14/2006, los centros deberán proceder a la destrucción de las muestras procedentes de un donante si se acredita que ha superado el límite legalmente establecido de seis hijos nacidos en España generados a partir donaciones previas.

⁷³¹ GARCÍA RUIZ, Y., “Sin registro de donantes...”, cit., pág. 48.

⁷³² *Ibíd.*, pág. 46.

permitan obtener a los ciudadanos información sobre la calidad de los centros y valorar la calidad de la atención proporcionada por cada centro⁷³³, datos que deberán hacerse públicos con una periodicidad, como mínimo, anual. A dichos efectos, se ha añadido⁷³⁴ a la Ley 14/2006 una disposición adicional sexta, que permite la constitución, organización y funcionamiento de dicho Registro “a través de los instrumentos jurídicos pertinentes, por entidades o sociedades científicas que acrediten ante el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad la experiencia y capacidad para desarrollar y mantener un registro de esta naturaleza con las garantías de calidad, fiabilidad, confidencialidad, amplitud y organización de la información que le sean requeridas por los órganos competentes de dicho Departamento”, para lo cual, el referido Ministerio ha suscrito un contrato Sociedad Española de Fertilidad (SEF)⁷³⁵.

La Ley 14/2006 ha sido objeto de desarrollo posterior diversos textos dictados a dichos efectos, entre otros, el Real Decreto-Ley 9/2014, de 4 de julio⁷³⁶, por el que se establecen las Normas de Calidad y Seguridad para la Donación, la Obtención, la Evaluación, el Procesamiento, la Preservación, el Almacenamiento y la Distribución de Células y Tejidos Humanos y se aprueban las Normas de Coordinación y Funcionamiento para su Uso en Humanos, encargado de trasponer a nuestro ordenamiento jurídico interno, el requisito de

⁷³³ El mencionado Registro de actividad, también recogerá el número de preembriones conservados en cada centro o servicio de reproducción asistida, eliminándose la obligación legal anterior de enviar los preembriones sobrantes al Centro Nacional de Trasplantes y Medicina Regenerativa.

⁷³⁴ Disposición añadida por la disposición final primera de la Ley 18/2015, de 9 de julio, por la que se modifica la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre Reutilización de la Información del Sector Público. «BOE» núm. 164, de 10 de julio de 2015.

⁷³⁵ Puede consultarse el primer Informe elaborado por dicha sociedad científica sobre Registro Nacional de Actividad correspondiente al año 2014, que incluye datos estadísticos relativos a las Técnicas de Reproducción Asistida. Disponible en: <http://www.cnrha.msssi.gob.es/registros/pdf/InformeRegistroNacionalActividad_RegistroSEF2014.pdf>. Última consulta: 08/01/2016.

⁷³⁶ Real Decreto-Ley 9/2014, de 4 de julio, por el que se establecen las Normas de Calidad y Seguridad para la Donación, la Obtención, la Evaluación, el Procesamiento, la Preservación, el Almacenamiento y la Distribución de Células y Tejidos Humanos y se aprueban las Normas de Coordinación y Funcionamiento para su Uso en Humanos. «BOE» núm. 163, de 5 de julio de 2014, modificado, a su vez, por la Orden SSI/2057/2014, de 29 de octubre, por la que se modifican los anexos III, IV y V del Real Decreto-Ley 9/2014, de 4 de julio, por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos y se aprueban las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos. «BOE» núm. 268, de 5 de noviembre de 2014.

la trazabilidad, establecido en la Directiva 2004/23/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004⁷³⁷, y en la Directiva 2006/17/CE de la Comisión, de 8 de febrero de 2006⁷³⁸, trazabilidad que permite “ubicar, localizar e identificar las células y/o tejidos en cualquier paso del proceso desde la donación, la obtención, el procesamiento, la evaluación, el almacenamiento y la distribución hasta llegar al receptor o hasta ser desestimados y/o destruidos, lo que lleva consigo la capacidad de identificar al donante, el establecimiento de tejidos y la instalación que recibe, procesa o almacena los tejidos o células, así como la capacidad de identificar al receptor o receptores en los que se apliquen los tejidos o células” (art. 2.1.x del Real Decreto-Ley 9/2014).

También destaca la Ley 14/2007, de 3 de julio⁷³⁹, de Investigación Biomédica, en cuyo artículo 28 permite donar con fines de investigación biomédica u otras finalidades diagnósticas, terapéuticas, farmacológicas, clínicas o quirúrgicas, determinados embriones o fetos humanos, principalmente, por haber perdido su capacidad de desarrollo biológico. Dicha Ley ha creado la Comisión de Garantías para la Donación y Utilización de Células y Tejidos Humanos y el Registro de Proyectos de Investigación, regulados por el Real Decreto 1527/2010, de 15 de noviembre⁷⁴⁰. Conforme al Preámbulo de la Ley, la Comisión de Garantías es un órgano colegiado de carácter permanente y consultivo, adscrito al Instituto de Salud Carlos III, “dirigido a asesorar y orientar sobre la investigación con muestras biológicas de naturaleza embrionaria humana, y a contribuir a la actualización y difusión de los conocimientos científicos y técnicos en esta materia”. Y el Registro de

⁷³⁷ Directiva 2004/23/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, relativa al establecimiento de normas de calidad y de seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos. Disponible en: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:102:0048:0058:es:PDF>>. Última consulta: 08/01/2016.

⁷³⁸ Directiva 2006/17/CE de la Comisión, de 8 de febrero de 2006, por la que se aplica la Directiva 2004/23/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a determinados requisitos técnicos para la donación, la obtención y la evaluación de células y tejidos humanos. Disponible en: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32006L0017&from=ES>>. Última consulta: 08/01/2016.

⁷³⁹ Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica. «BOE» núm. 159, de 4 de julio de 2007.

⁷⁴⁰ Real Decreto 1527/2010, de 15 de noviembre, por el que se regulan la Comisión de Garantías para la Donación y Utilización de Células y Tejidos Humanos y el Registro de Proyectos de Investigación. «BOE» núm. 294, de 4 de diciembre de 2010.

Proyectos de Investigación se constituye como un elemento básico de coordinación, cooperación y cohesión en materia de investigación biomédica, que contendrá información relativa a dichos proyectos, que será proporcionada por la Autoridad a la que corresponda su autorización, lo que supondrá “una nueva herramienta para la gestión del conocimiento, de indudable valor a medio y largo plazo para el diseño de estrategias en este ámbito de la investigación biomédica”⁷⁴¹.

Finalmente, mencionaremos el Real Decreto 42/2010, de 15 de enero, por el que se regula la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida⁷⁴², que pretende dotar de una mejor operatividad y mayor agilidad a la Comisión, para lo cual, entre otros, modifica su composición, reduce el número de sus miembros y faculta, tanto al Pleno como al Comité Técnico Permanente, para constituirse por medios electrónicos y adoptar acuerdos a través de dicha vía.

6.2.2. La nulidad de pleno derecho civil.

Conforme a lo manifestado anteriormente, tal y como resulta del artículo 10.1 de la LTRHA, todos los contratos que tengan por objeto la gestación por sustitución están sancionados con la nulidad de pleno derecho, atribuyéndose la filiación de los nacidos a través de dicha técnica a la mujer que da a luz al niño con fundamento en el principio *quod nullum est nullum effectum producit*⁷⁴³.

Parte de la doctrina⁷⁴⁴, basa los motivos de rechazo que justifican la nulidad del contrato, en los siguientes: a) por la nulidad de su objeto (art. 1271 CC), contrario al principio de indisponibilidad del cuerpo humano, por recaer

⁷⁴¹ Exposición de motivos del Real Decreto 1527/2010, de 15 de noviembre.

⁷⁴² Real Decreto 42/2010, de 15 de enero, por el que se regula la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida. «BOE» núm. 30, de 4 de febrero de 2010, el cual deroga el anterior Real Decreto 415/1997, de 21 de marzo, por el que se creó dicha Comisión.

⁷⁴³ JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J., *La reproducción asistida y...*, cit., pág. 113.

⁷⁴⁴ GONZÁLEZ MORÁN, L.: “Aspectos jurídicos de la procreación asistida”, en GAFO, J. (Ed.), *Procreación humana asistida: aspectos técnicos, éticos y legales*. Universidad Pontificia de Comillas. Madrid, 1998. Pág. 148-149. O GONZÁLES PÉREZ DE CASTRO, M., *La verdad biológica en la determinación de la filiación*. Dykinson. Madrid, 2013. Pág. 347.

sobre las facultades reproductivas y capacidad generativa de la gestante, en concreto, en su útero y, en definitiva sobre el hecho de la maternidad, a la que se considera una *res extra commercium*, excluida del tráfico jurídico⁷⁴⁵; b) por transgredir la indisponibilidad del estado civil de las personas, al pretender modificar las normas relativas a la determinación de la filiación y estimar que no cabe renunciar ni disponer por parte de la gestante a su condición de madre del nacido, al hallarse fuera de su autonomía de la voluntad⁷⁴⁶; c) por ser contrario a la dignidad tanto de la gestante como del niño, siendo un instrumento de explotación física, emocional y económica de la madre, y produciéndose al margen de los intereses del niño⁷⁴⁷; d) y por tratarse de un contrato sin causa o con causa ilícita, por ser contrario a las leyes⁷⁴⁸, a la moral y al orden público⁷⁴⁹ (art. 1255 CC), que quiebra las normas de la filiación, fomentando la disociación entre relación biológica y relación legal de filiación⁷⁵⁰, por lo que no debe producir efecto alguno conforme a lo dispuesto en el artículo 1275 del Código Civil.

Dado que la acción de nulidad es imprescriptible⁷⁵¹, se podrá impugnar la validez del contrato en todo momento por cualquier persona que pueda verse

⁷⁴⁵ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., “Hijos *made in California*”. *Aranzadi Civil*, Núm. 1. Pamplona, 2009. Pág. 2119.

⁷⁴⁶ GONZÁLES PÉREZ DE CASTRO, M., *La verdad biológica...*, cit., pág. 347.

⁷⁴⁷ GONZÁLEZ MORÁN, L.: “Aspectos jurídicos de la...”, cit., pág. 148-149.

⁷⁴⁸ Para determinados autores, su objeto va contra las buenas costumbres, supone un fraude con respecto a la normativa de adopción y supone una transacción no permitida conforme a Derecho. MORO ALMARAZ, M.J., *Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación “in vitro”*. Editorial Bosch. Barcelona, 1988.

⁷⁴⁹ RAMÍREZ NAVALÓN, R.M., “Problemas jurídicos de las nuevas formas de reproducción humana”, *Revista General de Derecho*, Núm. 519. Editorial Lex. Valencia, 1991. Pág. 6564.

⁷⁵⁰ GONZÁLES PÉREZ DE CASTRO estima que, además, la subrogación “transgrede la indisponibilidad del estado civil de la persona, ya que trata de modificar las normas que determinan la constitución de la relación jurídica paterno-filial y la atribución de la condición jurídica de progenitor e hijo”, a las que considera de carácter imperativo y de orden público, motivo por el que “cualquier renuncia a la filiación materna por parte de la gestante es un acto que incide sobre un aspecto que escapa a la autonomía de la voluntad y, por tanto, en la que no cabe renuncia ni disposición”. En GONZÁLES PÉREZ DE CASTRO, M., *La verdad biológica...*, cit., pág. 347.

⁷⁵¹ Conforme la doctrina de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo viene reiterando, entre otras, en la STS nº 1846/2002, Sala de lo Civil, de 14 de marzo de 2002, rec. 3003/1996 (Id Cendoj: 28079110012002101900), ponente Jesús Eugenio Corbal Fernández, “los vicios de inexistencia y nulidad radical de los actos o negocios jurídicos no son susceptibles de sanación por el transcurso del tiempo de conformidad con el principio *quod ad initium vitiosum est non potest tractu temporis convallescere...* por lo que las acciones correspondientes son imprescriptibles”.

afectada por el contrato⁷⁵², careciendo las partes de cualquier acción entre ellas si concurre una causa u objeto del contrato ilícito, por haberse simulado un parto o haberse consumado o entregado al nacido a cambio de un precio (art. 1305 CC), o, si tan solo se trata de un contrato con causa torpe que no constituye delito ni falta penal con culpa 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” (art. 1306 CC)⁷⁵³.

En consecuencia, sea cual fuere la forma en que se practicara y en todas sus modalidades, la filiación de los nacidos por gestación de sustitución vendrá determinada por el parto, y la nulidad de pleno derecho de dichos contratos podrá alegarse en cualquier momento, no estando las partes vinculadas jurídicamente al cumplimiento de lo pactado, ni pudiéndose exigir las obligaciones a las que respectivamente se comprometieron en el contrato⁷⁵⁴.

Por tanto, la gestante que se arrepintiese de renunciar a su maternidad, podría quedarse con el niño y no consentir la constitución de la filiación a favor de los padres intencionales, y éstos no podrían exigirle la devolución de las cantidades que hubiera percibido hasta ese momento. Y, en sentido contrario, la gestante no podría obligar a los comitentes a recibir al niño ni a que se les impusiera la filiación del mismo, ni tampoco exigir la entrega de las sumas acordadas pendientes de pago. Tampoco procedería una posible indemnización por los daños y perjuicios ocasionados a favor de ninguna de las partes⁷⁵⁵.

Los efectos de la nulidad serán: a) un efecto inmediato, consistente en que se producirá por sí misma *ipso iure*, pudiendo ser apreciada de oficio, pese a que no se hubiera alegado por las partes, aunque podrá resultar necesario

⁷⁵² LÓPEZ PELÁEZ, P. “Filiación y reproducción...”, cit., pág. 108.

⁷⁵³ JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J., *La reproducción asistida y...*, cit., pág. 75.

⁷⁵⁴ GONZÁLES PÉREZ DE CASTRO, M., *La verdad biológica...*, cit., pág. 348.

⁷⁵⁵ LÓPEZ PELÁEZ, P., “Aproximación jurídica al acuerdo de gestación por sustitución (“madres de alquiler”) en el Derecho español”. En ALVENTOSA DEL RÍO, J. y MOLINER NAVARRO, R. (Coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Enrique Lalaguna Domínguez*. Universitat de València. Valencia, 2008. Pág. 675.

destruir la apariencia del contrato mediante la acción de nulidad, en su caso; b) un efecto general, dado que es oponible *erga omnes* y no sólo frente a los contratantes y sus causahabientes; y c) un efecto definitivo, que supone la no posibilidad de alegar prescripción, ni la confirmación⁷⁵⁶.

Pese a ello, es necesario tener en cuenta que a los nacimientos de niños concebidos mediante gestación subrogada en el extranjero, no les será de aplicación la sanción de la nulidad, ya que el tratamiento que les presta legislación española, permite inscribir la filiación en el Registro Civil a favor de los comitentes a través de ciertos cauces que permiten efectuar un mero reconocimiento incidental de la resolución judicial extranjera, o bien reconocer su validez por la vía del *exequátur*, sin entrar en el fondo de la resolución y sin controlar la ley aplicada.

6.2.3. Sanciones del orden administrativo.

La LTRHA no contiene expresamente ninguna sanción del tipo administrativo si, pese a la nulidad de pleno derecho prevista, alguno de dichos contratos se llevara a cabo. No se prevén penalizaciones ni para las personas que suscribiesen el acuerdo, es decir, la gestante, los comitentes o, en su caso, los donantes de gametos, ni tampoco para los profesionales médicos, juristas o profesionales de cualquier otro campo que realicen labores de intermediación o publicidad en el proceso.

El capítulo VIII de la LTRHA (arts. 24 a 28) tipifica las infracciones en materia de reproducción humana asistida, que serán sancionadas tras la instrucción del oportuno expediente administrativo⁷⁵⁷. Las distintas conductas prohibidas consideradas infracciones a efectos de la ley, se gradúan como leves, graves o muy graves, dependiendo del riesgo y transcendencia de la vulneración, omisión o práctica que se hubiera llevado a cabo.

⁷⁵⁶ MARTÍNEZ-PEREDA RODRIGUEZ, J.M. y MASSIGOGUE BENEIGU, J.M., *La maternidad portadora...*, cit., pág. 142.

⁷⁵⁷ Expediente sancionador que se seguirá conforme a lo dispuesto en la LTRHA o, en lo no previsto, en base a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y del Procedimiento Administrativo Común.

Conforme al artículo 26.2.a) de la LTRHA, se califican como infracción leve “el incumplimiento de cualquier obligación o la transgresión de cualquier prohibición establecida en esta ley, siempre que no se encuentre expresamente tipificada como infracción grave o muy grave”, redacción abierta con la que el legislador pretende incluir una cláusula de recogida que clarifique como leve todo tipo de contrariedad que se produzca con relación a los presupuestos contenidos en la LTRHA, siempre que éstas no vengan tipificadas expresamente como graves o muy graves⁷⁵⁸.

La relación de conductas que suponen la comisión de infracciones graves o muy graves, figura en los apartados b)⁷⁵⁹ y c)⁷⁶⁰ del artículo 26 de la LTRHA, respectivamente. También se consideran infracciones a efectos de la LTRHA, las infracciones contenidas en el artículo 35 de la Ley General de

⁷⁵⁸ BENÍTEZ ORTÚZAR, I. y MORILLAS CUEVA, L., “Artículo 26. Infracciones. Comentario Jurídico”, en LLEDÓ YAGÜE, F. et al., *Comentarios Científico-Jurídicos a la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo)*. Dykinson. Madrid, 2007. Pág. 346-347.

⁷⁵⁹ El art. 26.2.b) considera infracciones graves: “1.ª La vulneración por los equipos de trabajo de sus obligaciones legales en el tratamiento a los usuarios de estas técnicas. 2.ª La omisión de la información o los estudios previos necesarios para evitar lesionar los intereses de donantes o usuarios o la transmisión de enfermedades congénitas o hereditarias. 3.ª La omisión de datos, consentimientos y referencias exigidas por esta Ley, así como la falta de realización de la historia clínica en cada caso. 4.ª La ausencia de suministro a la autoridad sanitaria correspondiente para el funcionamiento de los registros... 5.ª La ruptura de las condiciones de confidencialidad de los datos de los donantes... 6.ª La retribución económica de la donación de gametos y preembriones o su compensación económica... 7.ª La publicidad o promoción que incentive la donación de células y tejidos humanos por parte de centros autorizados mediante la oferta de compensaciones o beneficios económicos... 8.ª La generación de un número de hijos por donante superior al legalmente establecido... 9.ª La generación de un número de preembriones en cada ciclo reproductivo que supere el necesario... 10.ª En el caso de la fecundación *in vitro* y técnicas afines, la transferencia de más de tres preembriones a cada mujer en cada ciclo reproductivo. 11.ª La realización continuada de prácticas de estimulación ovárica que puedan resultar lesivas para la salud de las mujeres donantes sanas. 12.ª El incumplimiento de las normas y garantías establecidas para el traslado, importación o exportación de preembriones y gametos entre países.”

⁷⁶⁰ Las infracciones muy graves son, conforme al art. 26.2.c): “1.ª Permitir el desarrollo *in vitro* de los preembriones más allá del límite de 14 días siguientes a la fecundación del ovocito... 2.ª La práctica de cualquier técnica no incluida en el anexo ni autorizada como técnica experimental... 3.ª La realización o práctica de técnicas de reproducción asistida en centros que no cuenten con la debida autorización. 4.ª La investigación con preembriones humanos con incumplimiento de los límites, condiciones y procedimientos de autorización establecidos... 5.ª La creación de preembriones con material biológico masculino de individuos diferentes para su transferencia a la mujer receptora. 6.ª La transferencia a la mujer receptora en un mismo acto de preembriones originados con ovocitos de distintas mujeres. 7.ª La producción de híbridos interespecíficos que utilicen material genético humano, salvo en los casos de los ensayos actualmente permitidos. 8.ª La transferencia a la mujer receptora de gametos o preembriones sin las garantías biológicas de viabilidad exigibles. 9.ª La práctica de técnicas de transferencia nuclear con fines reproductivos. 10.ª La selección del sexo o la manipulación genética con fines no terapéuticos o terapéuticos no autorizados.”

Sanidad⁷⁶¹, y las previstas en la legislación de las Comunidades Autónomas⁷⁶².

Tal y como hemos indicado, entre dichas conductas graves o muy graves no figura el hecho de llevar a cabo acuerdos de gestación por sustitución, ni tampoco las actividades de intermediación en el proceso⁷⁶³ o publicidad comercial del servicio⁷⁶⁴, dado que la descalificación de la norma se limita a sancionar la exigibilidad y, por tanto, la validez jurídico-formal de los contratos⁷⁶⁵. En todo caso, podría subsumirse esta práctica entre las infracciones leves de la cláusula general del artículo 26.2.a) de la LTRHA, sancionables con multa de hasta 1.000 euros (art. 27.1 LTRHA), pero nunca entre las graves o muy graves de los apartados b) y c) del artículo 26.2⁷⁶⁶.

Sin embargo, un sector de la doctrina⁷⁶⁷ opina que sí sería posible considerar que su práctica supone una infracción muy grave, conforme a lo previsto en el artículo 26.2.c).2ª, por conllevar “la práctica de cualquier técnica no incluida en el anexo ni autorizada como técnica experimental”, sancionada con multas pecuniarias de entre diez mil un euros y hasta un millón de euros. Pero es necesario tener en cuenta que, para la práctica de la gestación subrogada, no necesariamente se tendrá que recurrir a técnicas novedosas o experimentales, ya que bastará con aplicar en la gestante uno de los procedimientos de fecundación asistida o de inseminación *in vitro* para alcanzar

⁷⁶¹ Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad. «BOE» núm. 102, de 29 de abril de 1986.

⁷⁶² A estos efectos, las Comunidades Autónomas no tienen competencias en materia de aplicación de técnicas de reproducción asistida, pero sí podrían regular algunos aspectos concretos relativos a supuestos y requisitos de utilización de gametos y preembriones humanos criopreservados, así como alguna otra infracción en la materia. En BENÍTEZ ORTÚZAR, I. y MORILLAS CUEVA, L., “Artículo 26. Infracciones...”, cit., pág. 345.

⁷⁶³ MARTÍNEZ-PEREDA RODRIGUEZ, J.M. y MASSIGOGUE BENEJUI, J.M., *La maternidad portadora...*, cit., pág. 146.

⁷⁶⁴ JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J., *La reproducción asistida y...*, cit., pág. 110.

⁷⁶⁵ GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, R., “Aspectos negociales en la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida”. En GIMENO Y GÓMEZ LAFUENTE, J.L. (Coord.), *Homenaje a José María Chico Ortiz*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1995. Pág. 297-354.

⁷⁶⁶ JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J., *La reproducción asistida y...*, cit., pág. 110.

⁷⁶⁷ PÉREZ MONGE, M., “Cuestiones actuales de la maternidad subrogada en España: regulación versus realidad”, *Revista de Derecho Privado*. Editorial Reus. Madrid, 2010. Pág. 49; QUESADA GONZÁLEZ, M.C., “La regulación de la filiación en el Proyecto de Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida”, *Dereito: revista xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*. Vol. 14, núm. 2. Santiago de Compostela, 2006. Pág. 208; o FARNÓS AMORÓS, E., “Surrogacy arrangements in a global world: the case of Spain”. *International Family Law*. Marzo 2013. Jordan Publishing. Bristol (UK), 2013. Pág. 70.

su embarazo, recurriendo o no a donantes anónimos de gametos, todos los cuales se contemplan expresamente como legales en la LTRHA. Si la práctica de la gestación subrogada supusiera una infracción muy grave por tratarse de una técnica no incluida en el anexo ni autorizada como experimental, junto con la multa de carácter pecuniario se procedería a la clausura o cierre de los centros o servicios en los que se hubiera practicado, sanción que, como considera GONZÁLES PÉREZ DE CASTRO⁷⁶⁸, sólo se aplicaría en caso de que el contrato se formalizase por uno de los centros autorizados en territorio español “pero como en todos los casos de los que se tiene noticia, el centro médico no realiza directamente dicho contrato, sino que actúa como intermediario para la realización de la técnica en el extranjero, podría alegar, *ex lege*, su no inclusión en esta infracción”.

Como considera GÓMEZ SÁNCHEZ⁷⁶⁹, la contundencia de la prohibición artículo 10.1 LTRHA hace que sea poco probable que los centros autorizados decidan colaborar en la consecución de los fines de la gestación por sustitución, pero ello no obsta para que hubiese sido conveniente establecer algún tipo de medida sancionadora para los centros autorizados que participasen en los acuerdos de subrogación.

La aplicación de una hipotética sanción administrativa, no excluiría las responsabilidades civiles, penales o de otro orden que pudieran concurrir. Pero si la Administración apreciase que la infracción pudiera ser constitutiva de delito o falta, el órgano administrativo sancionador competente que estuviera instruyendo el asunto deberá dar traslado inmediatamente al Ministerio Fiscal y paralizar el procedimiento hasta que la autoridad judicial alcance un pronunciamiento al respecto, pero manteniendo las medidas administrativas que se hubieran podido adoptar a efectos de salvaguardar el derecho a la protección de la salud y la seguridad de las personas.

Una sanción penal excluiría la imposición de una sanción administrativa, no pudiéndose imponer una doble sanción por los mismos hechos y mismos

⁷⁶⁸ GONZÁLES PÉREZ DE CASTRO, M., *La verdad biológica...*, cit., pág. 349.

⁷⁶⁹ GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *El derecho a la reproducción...*, cit., pág. 142.

intereses objeto de protección. Pero si no concurre ilícito penal alguno, la Administración continuará adelante con el expediente sancionador pudiendo dar por probados los hechos que así hubieran sido considerados por los tribunales.

También se podrán adoptar las medidas de carácter provisional⁷⁷⁰ que se estimen necesarias para asegurar la eficacia de la resolución que se dicte y el buen fin del procedimiento, evitar que continúen los efectos de la infracción y cumplir con las exigencias de los intereses generales, protegiendo en todo caso los derechos a la intimidad personal y familiar, así como los datos personales que pudieran verse afectados.

El artículo 25 de la LTRHA prevé que el responsable de las distintas infracciones será el autor o las distintas personas a quienes corresponda solidariamente el cumplimiento de las obligaciones. También responderán de forma solidaria los directores de los centros o servicios por las infracciones cometidas por los equipos biomédicos que se encuentren a su cargo.

Por tanto, en base a lo expuesto, no se podría sancionar administrativamente como autores a los firmantes del contrato por no estar incumpliendo ninguna de las obligaciones previstas en la ley, ni transgrediendo las prohibiciones establecidas en la misma, ni tampoco pudiéndose sancionar, a mi entender, a los equipos biomédicos ni a los directores de centros o servicios que responderían solidariamente con aquéllos, ya que, aunque las infracciones en que pudieran concurrir del tipo de omisión de datos, consentimientos y referencia exigidas por la ley, así como la falta de realización de la historia clínica en cada caso, o ausencia de suministro de datos a efectos de registro a las autoridades sanitarias competentes, dichos incumplimientos irían más allá de la mera infracción administrativa por concurrir los ilícitos penales de los artículos 220 y siguientes de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

⁷⁷⁰ Conforme a lo prevenido en el art. 136 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, así como en sus normas de desarrollo.

6.2.4. Sanciones penales.

Dada la nulidad de pleno derecho de los acuerdos de subrogación, para que dichas prácticas produjeran los efectos deseados por las partes en el caso de que se llevaran a cabo dentro del territorio español, sería necesario hacer pasar por fruto de la pareja estéril el niño dado a luz por la gestante⁷⁷¹, lo que conllevaría la necesidad de actuar de forma delictiva bajo los tipos contemplados en el capítulo II del título XII del vigente Código Penal de 1995⁷⁷², correspondiente a las sanciones jurídico-penales relativas a la suposición del parto y a la alteración de la paternidad, estado o condición del menor⁷⁷³ (art. 220 a 222 CP).

MARTÍNEZ-PEREDA RODRIGUEZ y MASSIGOGUE BENEIGU⁷⁷⁴ se cuestionaban la posibilidad de que, efectivamente, se pudiesen dar supuestos de gestación por sustitución llevados a cabo dentro de nuestras fronteras que no hubieran trascendido a la luz pública por el sigilo y acuerdo de los intervinientes en dichas técnicas y no haberse producido controversias posteriores entre ellos⁷⁷⁵.

⁷⁷¹ MARTÍNEZ-PEREDA RODRIGUEZ, J.M. y MASSIGOGUE BENEIGU, J.M., *La maternidad portadora...*, cit., pág. 79-80.

⁷⁷² Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. «BOE» núm. 281, de 24 de noviembre de 1995.

⁷⁷³ En el caso de que en España se produjera algún caso de maternidad subrogada, se realizaría de modo delictivo bajo la suposición de parto que sanciona el Código Penal, haciendo pasar por fruto de la pareja estéril el niño dado a luz por la madre gestante, tal y como aseguran MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M. y MASSIGOGUE BENEIGU, J.M., en *La maternidad portadora...*, cit., pág. 79-80.

⁷⁷⁴ MARTÍNEZ-PEREDA RODRIGUEZ, J.M. y MASSIGOGUE BENEIGU, J.M., *La maternidad portadora...*, cit., pág. 79-80.

⁷⁷⁵ A dichos efectos, el abogado JORGE A. MARFIL asegura haber tenido en su despacho un par de casos de maternidad subrogada llevados a cabo dentro de las fronteras de nuestro país, uno en el año 2015 y otro hace más de 30 años. También asegura disponer de datos fiables de que dicha práctica hace muchos años que se viene llevando a cabo, más o menos de tapadillo, tanto en España, como en países vecinos como Francia, donde la literatura costumbrista es fiel reflejo de ello. A dichos efectos, manifiesta que cuando las mujeres daban a luz en casa con la asistencia de una partera, podía hacerse cargo del niño la propia gestante, o bien entregarlo a la familia con la que se hubiera convenido dicha entrega. En MARFIL GÓMEZ, J.A., Ponencia sobre “maternidad subrogada”. Colegio de Abogados de Madrid. 20 de junio de 2016. Disponible en: <<https://vimeo.com/172929011>>. Última consulta: 06/12/2016. Con respecto a la manifestación relativa a la literatura costumbrista, véase, por ejemplo, el libro *Madeleine Féral* de Émile Zola, publicado el año 1868, en el que uno de sus personajes es Geneviève, “madre subrogada” de Guillaume. En BLOOM, H., *Bloom's Modern Critical Views: Émile Zola*. Chelsea House Publishers. Philadelphia (EEUU), 2004. Pág. 114.

Pero con la “Operación Princesita”⁷⁷⁶, que ha concluido con la detención de tres personas en noviembre de 2016 por “vender a una recién nacida por 10.000 euros”⁷⁷⁷, ha quedado constatado que dicha práctica, efectivamente, se lleva a cabo en España. En dicho caso una pareja homosexual integrada por dos hombres residentes en Almería, habían convenido con una mujer vecina de Villamartín (Cádiz), que, una vez completada la gestación de una niña concebida mediante un proceso de inseminación artificial⁷⁷⁸ llevado a cabo en una reconocida clínica de Málaga, la menor les fuera cedida a cambio de una contraprestación económica.

A los dos días de dar a luz, la gestante y su hija fueron dadas de alta en buen estado de salud, pero la niña no fue inscrita en el Registro Civil de la localidad de su nacimiento, sino que fue entregada a los comitentes que acordaron verse con la gestante al cabo de unos días en Almería para inscribir a la niña en el Registro Civil de dicha localidad y suscribir un documento notarial por el que la gestante cedería la tutela de la niña a favor de los comitentes. La gestante mencionó a los servicios sociales que la niña había nacido muerta y que había donado su cuerpo a la ciencia.

La Guardia Civil⁷⁷⁹, al tener conocimiento de dichos hechos, comenzó las oportunas investigaciones que concluyeron con la detención de los tres presuntos implicados -la gestante y ambos padres de intención- por la venta de

⁷⁷⁶ CAÑAS, J.A., “Detenidas una pareja de hombres y una madre por la venta de una recién nacida por gestación subrogada”. *El País*. 2016. Disponible en: <http://politica.elpais.com/politica/2016/11/29/actualidad/1480408736_643505.html>. Última consulta: 05/12/2016.

⁷⁷⁷ “La ‘Operación Princesita’ concluye con tres detenidos por vender a una recién nacida por 10.000 euros”. *EcoDiario.es*. 2016. Disponible en: <<http://ecodiario.eleconomista.es/sociedad/noticias/7992536/11/16/La-Operacion-Princesita-concluye-con-tres-detenidos-por-vender-a-un-bebe-por-10000-euros.html>>. Última consulta: 05/12/2016.

⁷⁷⁸ Al haber empleado una técnica de inseminación artificial en la gestante, ésta necesariamente habrá aportado su propio óvulo para la fecundación, por lo que nos encontramos ante un caso de gestación subrogada en su variante tradicional. De la nota de prensa emitida por la Guardia Civil llama la atención que se hace referencia a que la técnica de reproducción asistida empleada en la gestante consistió en una “inseminación artificial conyugal”, pese a que se da a entender que el semen empleado para dicho proceso fue el de uno de los comitentes y no el del propio esposo de la gestante, en caso de que lo tuviera.

⁷⁷⁹ “La Guardia Civil detiene a tres personas por la venta de una recién nacida de 3 días”. Guardia Civil. Ministerio del Interior, 2016. Disponible en: <<http://www.guardiacivil.es/va/prensa/noticias/6019.html>>. Última consulta: 05/12/2016.

la niña, quienes tras ser puestos a disposición judicial, fueron dejados en libertad con cargos por el Juzgado de instrucción número 3 de Arcos de la Frontera (Cádiz) y a la espera de juicio, por un presunto delito contra las relaciones familiares por alteración de la paternidad, estado o condición del menor, siendo puesta la niña bajo la protección de los Servicios Sociales de la Junta de Andalucía.

Tras todo ello, el padre intencional que supuestamente había proporcionado sus gametos para la fecundación, inició una acción judicial dirigida al reconocimiento de la paternidad de la niña y se sometió a una prueba de ADN para acreditar la vinculación genética entre ambos. Sin embargo, llama poderosamente la atención el hecho de que, tras ser efectuada una prueba de ADN en dicho progenitor, ha quedado acreditado que la menor no tiene vinculación genética con el mismo, lo que complica muchísimo más la situación⁷⁸⁰.

Por tanto, pese a que no existe ninguna sanción penal para las personas que concluyen un contrato de gestación por sustitución como tal en el Código Penal, la doctrina⁷⁸¹ considera que los actos de ejecución de dichos contratos

⁷⁸⁰ Con los resultados de las pruebas de ADN, el progenitor intencional no ha tenido más remedio que renunciar a su solicitud de reconocimiento de paternidad de la menor, aunque sigue ofreciendo convertirse en padre de acogida de la misma. En "El ADN demuestra que uno de los investigados por la supuesta compra de un bebé no es el padre". La Vanguardia, 14/12/2016. Disponible en: <<http://www.lavanguardia.com/vida/20161214/412624588899/el-adn-demuestra-que-uno-de-los-investigados-por-la-supuesta-compra-de-un-bebe-no-es-el-padre.html>>. Última consulta: 03/05/2017.

⁷⁸¹ Como es el caso de DURÁN AYAGO, A., "El acceso al Registro Civil de certificaciones...", cit., pág. 270; ROMERO PAREJA, A., "La reproducción humana asistida, desarrollo legal y jurisprudencial", en PÉREZ SOLÁ, N. et al., *Principios y derechos constitucionales de la personalidad*, Tirant lo Blanch. Valencia, 2010. Pág. 130; CARRASCO ANDRINO, M.M., "Lección 28ª. Suposición de parto y alteración de la paternidad, estado o condición del menor", Pág. 889-906. En ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.), *Derecho penal español. Parte especial (I)*, 2ª edición. Tirant lo Blanch. Valencia, 2011. Pág. 902; ÁLVAREZ SARABIA, M., "Alcance y significado del consentimiento en las técnicas de reproducción humana asistida". *Anales de Derecho*. Vol. 33, núm. 1. Universidad de Murcia. Murcia, 2015. Pág. 13; PÉREZ MONGE, M., "Cuestiones actuales de...", cit., pág. 48-49; GONZÁLES PÉREZ DE CASTRO, M., *La verdad biológica...*, cit., pág. 349-350; CASADO BLANCO, M. e IBAÑEZ BERNALDEZ, M., "Reflexiones legales y éticas en torno a la maternidad subrogada", *Revista Española de Medicina Legal*, Vol. 40, Núm. 2 Abril. Editorial Elsevier. Madrid, 2013. Pág. 59-62; OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., "Reconocimiento en España de la filiación creada en el extranjero a través de una maternidad de sustitución". *Iguales y diferentes ante el Derecho privado*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2012. Pág. 472; o BAYARRI MARTÍ, M.L., "Maternidad por subrogación. Su reconocimiento en España". *Noticias jurídicas*, 2015. Disponible en:

podrían conllevar delitos de suposición de parto y alteración de la paternidad, estado o condición del menor contemplados en el artículo 220.1⁷⁸² y 220.2⁷⁸³ del Código Penal, si al producirse la entrega del niño por la gestante a la madre intencional, ésta última tratara de inscribirlo en el Registro Civil como hijo propio⁷⁸⁴, en cuyo caso se le podrían llegar a aplicar penas de prisión de entre seis meses a dos años, mismas penas que se podrían imponer “al que ocultare o entregare a terceros un hijo para alterar o modificar su filiación” (art. 220.2 CP), esto es, a la madre que entregara su hijo a los comitentes con la intención de alterar o modificar la filiación del niño⁷⁸⁵.

En el caso de que además medien compensaciones económicas a cambio de la entrega del menor, la gestación por sustitución en su variante comercial podría tener cabida en los apartados 1 y 2 del artículo 221 del Código Penal⁷⁸⁶, ya que si el niño fuera entregado⁷⁸⁷ a otra persona a cambio de un precio, pretendiendo su incorporación a una nueva familia distinta a aquella a la que se halla vinculado por nacimiento o por adopción, buscando una apariencia de filiación al margen del procedimiento legalmente establecido para la adopción⁷⁸⁸, se impondrían a la persona que entregase al niño penas superiores de prisión de entre uno y cinco años, así como la inhabilitación

<<http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/10338-maternidad-por-subrogacion-su-reconocimiento-en-espana/>>. Última consulta: 06/09/2016, entre muchos otros.

⁷⁸² Art. 220.1 CP “La suposición de un parto será castigada con las penas de prisión de seis meses a dos años.”.

⁷⁸³ Art. 220.2 CP “La misma pena se impondrá al que ocultare o entregare a terceros un hijo para alterar o modificar su filiación.”.

⁷⁸⁴ Para lo cual tendría que fingir haber llevado a cabo dicho parto, ante la imposibilidad de alcanzar la determinación de la maternidad a su favor en nuestro país. GONZÁLES PÉREZ DE CASTRO, M., *La verdad biológica...*, cit., pág. 349-350.

⁷⁸⁵ Pese a que autores como LOSADA consideran que “La figura de la gestación por sustitución, como se denomina en la ley, es bastante diferente a la de la mujer que es inseminada con gametos del varón de la pareja, y lleva el embarazo a término, entregando después al bebé, pues en este segundo caso es una madre que vende o cede a su propio hijo en adopción. Por el contrario, en el caso del vientre de alquiler, la gestante es meramente “incubadora” de un embrión ajeno al que, en virtud de un contrato mercantil, se ve obligada a entregar tras el parto.”. En LOSADA, A., “Vientres de Alquiler. Maternidad Subrogada”. *Bioética hoy*, 2014. Disponible en: <<http://www.bioeticahoy.com.es/2014/03/vientres-de-alquiler-maternidad.html>>. Última consulta: 06/09/2016.

⁷⁸⁶ BAYARRI MARTÍ, M.L., “Maternidad por subrogación...”, cit., disponible en: <<http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/10338-maternidad-por-subrogacion-su-reconocimiento-en-espana/>>. Última consulta: 06/09/2016.

⁷⁸⁷ La entrega se puede efectuar los padres o por terceras personas, con o sin el consentimiento de los padres.

⁷⁸⁸ CARRASCO ANDRINO, M.M., “Lección 28ª. Suposición...”, cit., pág. 902-903.

especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela o guarda en un plazo de entre cuatro y diez años, tal y como resulta del artículo 221.1⁷⁸⁹ del Código Penal.

Por tanto, la existencia de una finalidad lucrativa se castigará con penas mayores que pueden alcanzar hasta los cinco años de prisión, tanto para la persona que realice la entrega del niño, como a las personas que lo reciban y a posibles intermediarios⁷⁹⁰, por lo que no solo se podría penar a la gestante y a los comitentes en base al tenor literal del referido artículo, sino también a los centros médicos y/o empresas que hubieran podido colaborar en la comisión del delito.

CARRASCO ANDRINO⁷⁹¹ estima que el pago de los gastos médicos en una gestación por sustitución, podrían incluirse en el tipo del artículo 221, ya que cualquier prestación valorable económicamente puede ser considerada “compensación económica” a los efectos de dicho artículo, ya sea el pago de una cantidad de dinero, como la cancelación de una deuda o la prestación de un servicio de forma gratuita, entre otros.

El artículo 221.2 contiene una previsión relativa a que la pena prevista en el mismo, se podrá aplicar igualmente “aunque la entrega del menor se hubiese efectuado en país extranjero”. No obstante, el principio de territorialidad de las leyes penales limita la acción de los órganos jurisdiccionales españoles, “salvo que se opte por considerar que el fraude relativo a la alteración del registro civil se produce al volver al país y solicitar la

⁷⁸⁹ Art. 221.1 CP “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, serán castigados con las penas de prisión de uno a cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a diez años.”

⁷⁹⁰ La naturaleza de los intermediarios puede ser diversa en cuanto a su intervención, siendo desde verdaderos coautores por ejecutar la entrega o la recepción, hasta realizar labores más propias de una participación necesaria o no necesaria, como puede ser un captador de clientes, negociador o facilitador del acuerdo, o efectuar meras labores de cuidado o traslado del niño, entre otras. En CARRASCO ANDRINO, M.M., “Lección 28ª. Suposición...”, cit., pág. 902.

⁷⁹¹ CARRASCO ANDRINO, M.M., “Lección 28ª. Suposición...”, cit., pág. 902.

inscripción⁷⁹². Aunque también es posible considerar que la previsión de entregas en el extranjero en el tipo delictivo del artículo 221.2, puede responder a la voluntad del legislador español de evitar la venta o tráfico de niños para la adopción ilegal, dando cumplimiento con ello a la normativa internacional asumida por España en la materia, así como la Convención sobre los Derechos del Niño⁷⁹³ o el Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional⁷⁹⁴.

Para la jurisprudencia⁷⁹⁵, la *ratio legis* se encuentra en evitar que el menor sea tratado como una mercancía susceptible de ser comprada y vendida, viéndose especialmente afectada la dignidad del niño, al podersele considerar como una “cosa o mercancía” objeto del comercio, independientemente de que la entrega sea gratuita u onerosa, poniendo de manifiesto la entrega de una contraprestación económica tan sólo de una mayor desvalorización de la vida humana, al equipararla a una mera cantidad monetaria⁷⁹⁶.

Por otra parte, MUÑOZ CONDE⁷⁹⁷ considera que la gestación por sustitución en ningún caso se podrá subsumir en los tipos delictivos del artículo 160.2⁷⁹⁸ del Código Penal, que castiga la fecundación de óvulos con fines distintos a la procreación humana, independientemente de los problemas de filiación derivados de la subrogación, que se deberán resolver por la vía civil.

⁷⁹² GONZÁLES PÉREZ DE CASTRO, M., *La verdad biológica...*, cit., pág. 349-350.

⁷⁹³ Convención sobre los Derechos del Niño, celebrada el 20 de noviembre de 1989. Ratificada por España mediante Instrumento de 30 de noviembre de 1990. «BOE» núm. 313, de 31 de diciembre de 1990.

⁷⁹⁴ Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, firmado el 29 de mayo de 1993. Ratificada por España mediante Instrumento de 30 de junio de 1995. «BOE» núm. 182, de 1 de agosto de 1995.

⁷⁹⁵ AAP nº 16/2005, Bizkaia, Sección 1ª, de 13 de enero de 2005, rec. 462/2004 (EDJ 2005/15198). Mediante el presente Auto, se desestima un recurso de apelación que se interpuso contra un auto de instancia que ordenó continuar con las diligencias practicadas en un caso de adopción llevado a cabo en Bolivia, por estimar que existen indicios de que los hechos sean constitutivos de un delito contra las relaciones familiares del art. 221 CP. Consta que han existido entregas de dinero recibidas por las autoridades de Bolivia para llevar a cabo dicha adopción, apreciándose además falsedad en relación con la documentación correspondiente a los menores.

⁷⁹⁶ CARRASCO ANDRINO, M.M., “Lección 28ª. Suposición...”, cit., pág. 900-901.

⁷⁹⁷ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal...*, cit., pág. 112.

⁷⁹⁸ Art. 160.2 CP “Serán castigados con la pena de prisión de uno a cinco años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de seis a 10 años quienes fecunden óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana.”.

Finalmente, en el ámbito penal mencionaremos la Ley Modelo contra la Trata de Personas⁷⁹⁹, elaborada por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) en 2010, que contiene las disposiciones que los Estados deben incluir en sus respectivas legislaciones, o bien que el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños⁸⁰⁰, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional⁸⁰¹, recomienda incorporar.

Entre las finalidades de la Ley Modelo se encuentra la de disuadir la actividad de los tratantes de personas, especialmente, mujeres y niños, y hacerlos comparecer ante la justicia, a cuyo fin, recomienda incluir junto con las formas de explotación que “como mínimo”⁸⁰² deben estar claramente tipificadas en las legislaciones penales de los distintos Estados, otras formas de explotación como puede ser “la utilización de mujeres como madres sustitutivas” o “el embarazo forzoso”⁸⁰³, modalidades de explotación que pueden adaptarse en base a la experiencia de las distintas naciones con las formas específicas de explotación y su legislación existente.

6.3. Menciones en la legislación autonómica.

⁷⁹⁹ Ley Modelo contra la Trata de Personas. Disponible en: <<https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/TIP-Model-Law-Spanish.pdf>>. Última consulta: 08/12/2016.

⁸⁰⁰ Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños. Disponible en: <http://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/ProtocolTraffickingInPersons_sp.pdf>. Última consulta: 08/12/2016.

⁸⁰¹ Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, ratificada por España mediante el Instrumento de Ratificación de dicha Convención, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000. Publicado en el «BOE» núm. 233, de 29 de septiembre de 2003.

⁸⁰² El contenido mínimo de explotación figura en el art. 8.2 de la Ley Modelo que establece que “2. La explotación debe incluir: a) La explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual; b) El trabajo o los servicios forzosos o coercitivos [incluido el trabajo en régimen de servidumbre o la servidumbre por deudas]; c) La esclavitud o las prácticas similares a la esclavitud; d) La servidumbre [incluida la servidumbre sexual]; e) La extracción de órganos; f) [Otras formas de explotación tipificadas en las leyes nacionales]”. Disponible en: <<https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/TIP-Model-Law-Spanish.pdf>>. Última consulta: 08/12/2016.

⁸⁰³ En el comentario al art. 8.2 de la Ley Modelo. Pág. 36. Disponible en: <<https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/TIP-Model-Law-Spanish.pdf>>. Última consulta: 08/12/2016.

La conciencia activista en el campo de la protección de los colectivos LGBTI⁸⁰⁴ ha tenido un reflejo creciente en las políticas públicas, lo cual ha llevado a la aprobación de diversas leyes autonómicas dirigidas a garantizar plenamente una igualdad real y efectiva del colectivo LGBTI⁸⁰⁵, al que considera especialmente vulnerable, mediante la adopción de políticas públicas que promueven la no discriminación por orientación sexual e identidad de género en los ámbitos territoriales de las respectivas Comunidades Autónomas⁸⁰⁶.

Los principios inspiradores de dichas leyes se basan en el derecho de todas las personas al pleno disfrute de los derechos humanos, independientemente de cuál sea su orientación sexual, expresión o identidad de género, prohibiéndose cualquier acto de discriminación directa o indirecta por dichos motivos, o bien, por la pertenencia a un determinado grupo familiar.

Con estas normas, las respectivas Comunidades Autónomas dentro de sus ámbitos territoriales y en el marco de sus respectivas competencias, han establecido principios, medidas y procedimientos considerados adecuados para combatir las violaciones de derechos que pudieran sufrir estas personas, mediante la prevención, corrección y eliminación de cualquier discriminación por razones de orientación sexual, expresión o identidad de género, tanto en

⁸⁰⁴ Sigla que designa a colectivamente a las lesbianas, los gays, los bisexuales y las personas transgénero e intersexuales.

⁸⁰⁵ PLATERO MÉNDEZ, R.(L.), "Prólogo a la edición española", en SPADE, D., *Una vida normal*. Edicions Bellaterra. Barcelona, 2015. Pág. 9-22.

⁸⁰⁶ Como, entre otras, la Ley foral 12/2009, de 19 de noviembre, de No Discriminación por motivos de Identidad de Género y de Reconocimiento de los Derechos de las Personas Transexuales de la Comunidad foral de Navarra («BOE» núm. 307, de 22 de diciembre de 2009); la Ley 14/2012, de 28 de junio, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales de la Comunidad Autónoma del País Vasco («BOE» núm. 172, de 19 de julio de 2012); la Ley 2/2014, de 14 de abril, por la Igualdad de Trato y la No Discriminación de Lesbianas, Gays, Transexuales, Bisexuales e Intersexuales en Galicia («BOE» núm. 127, de 26 de mayo de 2014); la Ley 2/2014, de 8 de julio, Integral para la No Discriminación por motivos de Identidad de Género y Reconocimiento de los Derechos de las Personas Transexuales de Andalucía («BOE» núm. 193, de 9 de agosto de 2014); la Ley 11/2014, de 10 de octubre, para garantizar los Derechos de Lesbianas, Gays, Bisexuales, Transgéneros e Intersexuales y para erradicar la Homofobia, la Bifobia y la Transfobia de la Comunidad Autónoma de Cataluña («BOE» núm. 281, de 20 de noviembre de 2014); la Ley 8/2016, de 30 de mayo, para garantizar los Derechos de Lesbianas, Gays, Trans, Bisexuales e Intersexuales y para erradicar la LGTBI fobia de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears («BOE» núm. 157, de 30 de junio de 2016); o la Ley 3/2016, de 22 de julio, de Protección Integral contra la LGTBifobia y la Discriminación por Razón de Orientación e Identidad Sexual en la Comunidad de Madrid («BOE» núm. 285, de 25 de noviembre de 2016).

los sectores públicos como privados, y en cualquier ámbito, en particular, en las esferas civil, laboral, social, sanitaria, educativa, económica y cultural.

Es necesario mencionar que en dos de dichos textos legales, como son la Ley 12/2015, de 8 de abril, de la Comunidad Autónoma de Extremadura⁸⁰⁷ y la Ley 8/2016, de 27 de mayo, de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia⁸⁰⁸, el legislador autonómico ha efectuado mención expresa a los niños nacidos a través de gestación por sustitución, a la que recurren, entre otros, estos colectivos.

Ello se debe a que, pese a la nulidad de pleno derecho con la que es sancionada dicha técnica de reproducción asistida en nuestro ordenamiento jurídico, son conscientes de la necesaria protección de las personas que intervienen en la subrogación pero, especialmente, de los niños nacidos a través de la misma.

Así, el artículo 17 de la Ley de la Comunidad Autónoma de Extremadura y el 22 de la Ley de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, adoptan medidas de protección jurídica de la diversidad en el ámbito familiar “frente a cualquier tipo de discriminación en la unión de personas del mismo sexo, ya sea de hecho o de derecho, en la relación de parentesco, ya sea por filiación o afinidad, así como en las unidades monoparentales con hijos e hijas a su cargo”⁸⁰⁹, estableciendo asimismo que “se fomentará el respeto y la protección de los niños y las niñas que vivan en el seno de una familia LGBTI, ya sea por nacimiento, cualquiera sea el origen o forma del mismo, incluida la gestación por sustitución o por adopción”⁸¹⁰.

⁸⁰⁷ Ley 12/2015, de 8 de abril, de Igualdad Social de Lesbianas, Gais, Bisexuales, Transexuales, Transgénero e Intersexuales y de Políticas Públicas contra la Discriminación por Orientación Sexual e Identidad de Género en la Comunidad Autónoma de Extremadura. «BOE» núm. 108, de 6 de mayo de 2015.

⁸⁰⁸ Ley 8/2016, de 27 de mayo, de Igualdad Social de Lesbianas, Gais, Bisexuales, Transexuales, Transgénero e Intersexuales y de Políticas Públicas contra la Discriminación por Orientación Sexual e Identidad de Género en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia. «BOE» núm. 153, de 25 de junio de 2016.

⁸⁰⁹ Art. 17.1 Ley 12/2015, de 8 de abril, de Extremadura y art. 22.1 Ley 8/2016, de 27 de mayo, de Murcia.

⁸¹⁰ Art. 17.3 Ley 12/2015, cit., y art. 22.3 Ley 8/2016, cit.

Ambos artículos consideran, por tanto, a la gestación por sustitución como una realidad, equiparando a efectos normativos y dotando de la misma protección a los menores nacidos a través de esta técnica que a aquellos cuya filiación es natural o adoptiva, como no podía ser de otra manera.

No obstante, pese a la necesaria sensibilización hacia el colectivo LGBTI por ser más vulnerable, dicha protección no debería circunscribirse tan sólo a los niños y niñas nacidos por gestación subrogada que vivan en el seno de dichas familias, sino establecerse una protección genérica a favor de todos los niños nacidos a través de dicha vía, para lo que sería necesario un reconocimiento a nivel nacional.

Pese a ello, la osada y pionera referencia expresa a la gestación subrogada en los repetidos textos legales autonómicos⁸¹¹, aunque se circunscriba al ámbito de tan solo dos Comunidades Autónomas, demuestra el esfuerzo del legislador autonómico por adaptar sus textos normativos a las nuevas dinámicas sociales⁸¹², lo que supone un importante paso en el avance hacia el pleno reconocimiento legislativo de la gestación por sustitución en nuestro país.

⁸¹¹ Señalaremos que no se realiza ninguna mención expresa a los niños nacidos por gestación subrogada en otros textos autonómicos en la materia, como son: la Ley Foral 12/2009, de 19 de noviembre, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales de la Comunidad Foral de Navarra («BOE» núm. 307, de 22 de diciembre de 2009); la Ley 14/2012, de 28 de junio, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales de la Comunidad Autónoma del País Vasco («BOE» núm. 172, de 19 de julio de 2012); la Ley 2/2014, de 14 de abril, por la igualdad de trato y la no discriminación de lesbianas, gays, transexuales, bisexuales e intersexuales en Galicia («BOE» núm. 127, de 26 de mayo de 2014); la Ley 2/2014, de 8 de julio, integral para la no discriminación por motivos de identidad de género y reconocimiento de los derechos de las personas transexuales de Andalucía («BOE» núm. 193, de 9 de agosto de 2014); la Ley 11/2014, de 10 de octubre, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, bisexuales, transgéneros e intersexuales y para erradicar la homofobia, la bifobia y la transfobia de la Comunidad Autónoma de Cataluña («BOE» núm. 281, de 20 de noviembre de 2014); la Ley 8/2016, de 30 de mayo, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, trans, bisexuales e intersexuales y para erradicar la LGTBI fobia de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears («BOE» núm. 157, de 30 de junio de 2016); o la Ley 3/2016, de 22 de julio, de Protección Integral contra la LGTBifobia y la Discriminación por Razón de Orientación e Identidad Sexual en la Comunidad de Madrid («BOE» núm. 285, de 25 de noviembre de 2016).

⁸¹² SIEJAS VILLADANGOS, M.E., "Retos constitucionales en materia de género". *Cuestiones de género: de la igualdad y la diferencia*. Núm. 10. Universidad de León, 2015. Pág. 3-4. Disponible en: <<http://revistas.unileon.es/ojs/index.php/cuestionesdegenero/article/view/1722/1407>>. Última consulta: 20/01/2017.

CAPÍTULO VII. GESTACIÓN SUBROGADA FRENTE A ADOPCIÓN⁸¹³ NACIONAL O INTERNACIONAL.

Como hemos apuntado anteriormente, parte de la doctrina⁸¹⁴ estima que una pareja que no puede tener niños, siempre podrá adoptar en lugar de recurrir a la gestación por sustitución, ya que no existe un derecho de las personas a tener hijos, sino que son los menores quienes ostentan el derecho a tener una familia y un hogar⁸¹⁵.

Nuestro país ha sido durante mucho tiempo, uno de los más activos del mundo en el ámbito de las adopciones internacionales⁸¹⁶. Tal y como afirma ZÚÑIGA, “para muchos españoles la adopción internacional ha sido la mejor decisión de su vida, pese al papeleo, las trabas burocráticas y el tiempo de espera”⁸¹⁷.

Pero, hoy en día, la situación ha cambiado drásticamente. En los últimos años, el número de adopciones formalizadas en España ha sufrido un gran desplome debido, en parte, a la grave crisis económica que ha azotado a nuestro país, pero también a las restricciones y endurecimiento de los requisitos impuestos por muchos países de origen basados, entre otros, en motivos políticos y/o religiosos, como veremos.

Todo ello, unido a los largos periodos de espera que conllevan dichos

⁸¹³ Pese a que existen otras medidas de protección de los menores en situación de desamparo, como la tutela, el acogimiento familiar o el residencial, tan sólo nos vamos a referir a la adopción, al suponer una forma definitiva y permanente de pasar a formar parte el menor de una nueva familia.

⁸¹⁴ Como es el caso, entre otros, de FERRAZ, S., *Manipulações biológicas...*, cit., pág. 56. THOMALE, C., *Mietmuttertschaft. Eine...*, cit., pág. 59-72. BARBOZA, H.H., *A filiação em...*, cit., pág. 88. QUIÑONES ESCÁMEZ, A., “Doble filiación paterna...”, cit., pág. 29.

⁸¹⁵ GÓMEZ BENGOCHEA, B. y BERÁSTEGUI PEDRO-VIEJO, A., “El derecho del niño a vivir en familia”. *Miscelánea Comillas. Revista de Ciencias Humanas y Sociales*, Vol. 67, Núm. 130. Madrid, 2013. Pág. 175.

⁸¹⁶ Superado tan solo por las adopciones que se realizaban en Estados Unidos, tal y como afirma ZÚÑIGA en ZÚÑIGA, A., “Las adopciones internacionales se complican”. *Escritura Pública*, núm. 84. Consejo General del Notariado. Madrid, 2013. Pág. 64. O en LÓPEZ-MEDEL, J., “Una reforma insuficiente”. *Escritura Pública*, núm. 48. Consejo General del Notariado. Madrid, 2007. Pág. 37.

⁸¹⁷ *Ibíd.*, pág. 64

procesos, tanto en las adopciones a nivel nacional⁸¹⁸ como internacional⁸¹⁹, en los que son necesarios varios años para cerrar un trámite que ya es difícil de por sí, junto con la “auténtica afrenta ética y jurídica”⁸²⁰ que puede conllevar para los padres todo el proceso dirigido a obtener el certificado de idoneidad, convierten la adopción en una auténtica carrera de obstáculos y, en definitiva, un calvario para las familias que se deciden a llevar a cabo dichos procesos⁸²¹.

Todos estos motivos, hacen de la adopción un proceso lento y complicado, lo que lleva a que, cada vez más, a las personas que desean acceder a la maternidad o a la paternidad, sólo les quede la posibilidad⁸²² de recurrir a la gestación por sustitución como última opción para crear sus propias familias⁸²³.

⁸¹⁸ En el ámbito nacional, el plazo puede llegar a alargarse hasta 7 años, y eso que, como indicaba ZÚÑIGA, en el año 2013 existían más de 30.000 niños tutelados por la Administración (en ZÚÑIGA, A., “Las adopciones internacionales...”, cit., pág. 65-66). Pero los poderes públicos están obligados a tratar de mantener a los menores “en su familia de origen, salvo que no sea conveniente para su interés, en cuyo caso se garantizará la adopción de medidas de protección familiares y estables priorizando, en estos supuestos, el acogimiento familiar frente al institucional”, tal y como resulta del art. 11.2.b) de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero⁸¹⁸, de Protección Jurídica del Menor. Prima el derecho de los padres biológicos a no perder totalmente la posibilidad de que sus hijos lo sigan siendo. Lo acogimiento tienen carácter temporal y no necesariamente derivarán en una adopción del menor a favor de la familia de acogida, como erróneamente se piensa en muchas ocasiones. En DE CASTRO JIMÉNEZ, J. Ponencia sobre adopción internacional. Colegio de Abogados de Madrid. 20 de junio de 2016. Disponible en: <<https://vimeo.com/172929011>>. Última consulta: 06/12/2016. Asimismo, dichos plazos de espera son cada vez mayores, habiéndose incluso cerrado temporalmente el periodo de presentación de solicitudes de adopción interna en ciertas Comunidades Autónomas, como fue el caso de Extremadura en el año 1999. En GUZMÁN PECES, M., *La Adopción Internacional. Guía para adoptantes, mediadores y juristas*. La Ley. Las Rozas (Madrid), 2007.

⁸¹⁹ Se habla actualmente de un periodo que puede abarcar entre 4 y 8 años, frente al tiempo medio de espera en las adopciones internacionales practicadas entre 2005 y 2010, que era de unos 2 años. En OLIVEIRA, J., “Las solicitudes de adopción nacional e internacional se desploman en España”. *El País*, 12/09/2016. Mencionándose plazos de entre 5 o 6 años en la Federación rusa, y de hasta 10 años para China, en MACPHERSON, A., “Los hijos de madres de alquiler casi igualan a los de adopción internacional”. *La Vanguardia*, 25/06/2015. Disponible en: <<http://www.lavanguardia.com/vida/20150625/54432509896/hijos-madres-alquiler-adopcion-internacional.html>>; Últimas consultas: 16/01/2016.

⁸²⁰ OLABARRIA MUÑOZ, E., “Reflexiones sobre la adopción internacional”. *Escritura Pública*, núm. 62. Consejo General del Notariado. Madrid, 2010. Pág. 49.

⁸²¹ ZÚÑIGA, A., “Las adopciones internacionales...”, cit., pág. 64.

⁸²² Independientemente de que fuera o no la única posibilidad, e independientemente de las críticas, para muchas parejas infértiles es muy importante establecer un vínculo biológico con el niño, más allá del proceso de adopción. RAPOSO, V.L., *De Mãe para Mãe...*, cit., pág. 24.

⁸²³ HERNÁNDEZ VELASCO, I., “¿Formar una familia a cualquier precio?”. *El Mundo*, 03/12/2015. Disponible en: <<http://www.elmundo.es/sociedad/2015/12/03/565f493a46163f19308b45ec.html>>. Última consulta: 16/01/2016.

7.1. Cuestiones generales.

Muchas personas, ya sea por motivos de esterilidad⁸²⁴ o por solidaridad⁸²⁵, deciden acudir a la adopción como vía de acceso a la paternidad, lo que supone la integración de un menor, de forma permanente, en una nueva familia, con el nacimiento de derechos y obligaciones paterno-filiales entre los adoptantes y el adoptado, idénticos a los derivados de la filiación biológica.

DÍAZ FRAILE define la adopción como “el acto judicial por el que se hace efectiva la voluntad de una persona o pareja de que legalmente sea hijo suyo quien por naturaleza no lo es”⁸²⁶. Pero no podemos olvidar que dicha medida “no está pensada para que las parejas sin hijos puedan tenerlos, sino, prioritariamente, para que los niños y niñas, cuyas familias no les pueden dar las condiciones deseables, puedan integrarse plenamente en otra, que le proporcione el cariño que necesitan todas las personas y, en particular, aquéllas que, por su minoría de edad, aún no pueden valerse por sí mismas”, tal y como afirma ESTEBAN DE LA ROSA⁸²⁷.

En la adopción, el niño perderá por completo los vínculos personales, familiares y jurídicos que le unían a sus anteriores progenitores naturales o

⁸²⁴ Se calcula que alrededor del 80% de las parejas que acuden a los servicios de adopción tienen problemas de fertilidad, incluyendo a las mujeres que han agotado su edad fértil, personas solteras que no quieren recurrir a técnicas de reproducción asistida o parejas homosexuales cuya motivación radica en la imposibilidad de concebir un hijo en el seno de la pareja. En BERÁSTEGUI PEDRO-VIEJO, A., “Adopción internacional: ¿solidaridad con la infancia o reproducción asistida?”. *Aloma: Revista de Psicología, Ciències de l'Educació i de l'Esport*, Núm. 27. Facultat de Psicologia, Ciències de l'Educació i de l'Esport Blanquerna de la Universitat Ramon Llull. Barcelona, 2011. Pág. 24.

⁸²⁵ Dirigida a proporcionar a los niños, especialmente los más pequeños, una familia para evitar que la privación del cuidado parental, de una relación estable con un adulto que les aporte seguridad y afecto, tenga efectos devastadores en los menores que les lleve a depresión, estancamiento en su desarrollo o, incluso, la enfermedad o la muerte. En GÓMEZ BENGOCHEA, B. y BERÁSTEGUI PEDRO-VIEJO, A., “El derecho del niño a vivir en familia”. *Miscelánea Comillas. Revista de Ciencias Humanas y Sociales*, Vol. 67, Núm. 130. Madrid, 2013. Pág. 180.

⁸²⁶ DÍAZ FRAILE, J.M., “Problemas actuales de la adopción internacional”. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (AFDUAM)*, Núm. 15 (2011) - El menor ante el Derecho en el Siglo XXI. Universidad Autónoma de Madrid. Madrid, 2011. Pág. 126-127.

⁸²⁷ ESTEBAN DE LA ROSA, G., *Regulación de la Adopción Internacional. Nuevos problemas, nuevas soluciones*. Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 2007. Pág. 21.

biológicos⁸²⁸, salvo que se opte por un sistema de “adopción abierta” introducido por la Ley 26/2015, de 28 de julio⁸²⁹, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia. Este novedoso régimen, permite acordar el mantenimiento de algún tipo de relación o contacto⁸³⁰ con algún miembro de la familia de origen a través de visitas o comunicaciones, siempre que se cuente con el visto bueno de dicha familia, como de la adoptiva, como del menor que tuviera más de doce años o la madurez suficiente para consentirlo⁸³¹.

La institución de la adopción abierta culmina la evolución jurídica de la relación existente entre adoptantes, adoptado y familia biológica, en la que se ha pasado desde la ocultación al niño de sus orígenes biológicos, hasta considerar que el derecho a conocer a su familia de origen constituye un derecho subjetivo del menor⁸³². Sin embargo, no supone alterar los efectos jurídicos de la relación adoptiva, al mantenerse el carácter irrevocable de la misma.

En el ámbito internacional constituye una institución jurídica y medida excepcional y subsidiaria de protección de la infancia⁸³³ que será de aplicación

⁸²⁸ Como señala ORDÁS ALONSO “no puede desconocerse que el interés del menor, entre sus múltiples manifestaciones, abarca el derecho a ser educado y vivir con su propia familia mientras no se demuestre que esto le es claramente perjudicial. Exige, en definitiva, actuar conforme a los principios de necesidad, proporcionalidad y progresividad e intentando, siempre que sea posible, intervenir en el propio entorno familiar y sólo *in extremis*, como medida de último recurso, adoptar medidas que impliquen separar al menor de su familia de origen”. ORDÁS ALONSO, M., “El nuevo sistema de protección de menores en situación de riesgo o desamparo como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 26/2015, de 28 de julio”. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, num.9/2016. Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 2016.

⁸²⁹ Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia («BOE» núm. 180, de 29 de julio de 2015).

⁸³⁰ Mediante el establecimiento de un posible régimen de encuentros y visitas entre el menor y su familia biológica. En CONQUERO, B.V., “Los padres biológicos podrán visitar a los hijos que dan en adopción”. Periódico La razón, junio de 2013. Disponible en: <<http://www.larazon.es/sociedad/los-padres-biologicos-podran-visitar-a-los-hij-KL2692297>>. Última consulta: 18/03/2017.

⁸³¹ Nota de prensa del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad: “El Gobierno agiliza los procedimientos de acogimiento y adopción, y refuerza la protección de los menores ante situaciones de violencia de género y de abusos sexuales”, 25/04/2014. Disponible en: <<http://www.msssi.gob.es/gabinete/notasPrensa.do?id=3266>>. Última consulta: 18/03/2017.

⁸³² ANGUIA RÍOS, R.M., “La adopción abierta. Un paso más en el derecho a la identidad biológica del adoptado”. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 11/2016. Cizur Menor (Navarra), 2016.

⁸³³ Dirigiéndose a garantizar el mayor nivel o grado de bienestar posible de los niños durante su etapa de crecimiento, a fin de que sean capaces de desarrollar adecuadamente todas sus

en aquellos supuestos en que el menor no pueda ser atendido de forma adecuada por sus propios padres o familiares en su país de origen.

Por tanto, se trata del último recurso al que acudir para garantizar y otorgar bienestar a los niños en el marco de su interés superior, ya que, antes de acudir a esta medida, se deberá tratar de proporcionar una familia al menor dentro de su entorno más cercano (familiares cercanos, comunidad, etc.), a continuación deberá tratarse de cubrir sus necesidades con la adopción nacional y, tan sólo en el caso de que ninguna de las medidas anteriores diera resultado, se podrá buscar una familia idónea fuera del país de residencia del menor⁸³⁴.

Su carácter internacional se deriva de la residencia habitual de los adoptantes y del adoptado en países diferentes, lo que supone la intervención de dos legislaciones nacionales diferentes en la materia, cuyo cumplimiento es necesario respetar y conciliar, además de las diferencias culturales, políticas o visiones en materia de adopción de cada uno de dichos Estados, lo que dificulta aún más su tramitación⁸³⁵.

Frente a la adopción, nos encontramos con la gestación por sustitución, existiendo muchas similitudes entre ambas figuras⁸³⁶, principalmente, el deseo y voluntad de los progenitores de tener hijos para formar sus propias familias,

potencialidades. SUBDIRECCIÓN GENERAL DE INFANCIA, *Guía "Dónde acudir si quieres tramitar una adopción internacional: recursos públicos y privados en España"*. Ministerio de Educación, Política Social y Deporte. Madrid, 2008. Pág. 11-12. Disponible en: <<https://www.msssi.gob.es/ssi/familiasInfancia/docs/agendaRecursosAdopcion.pdf>>. Última consulta: 13/01/2017.

⁸³⁴ ZÚÑIGA, A., "Las adopciones internacionales...", cit., pág. 65.

⁸³⁵ SUBDIRECCIÓN GENERAL DE INFANCIA, *Guía "Dónde acudir..."*, cit., pág. 12.

⁸³⁶ Considerando CERDÀ SUBIRACHS que la subrogación se configura "como una alternativa de diseño a la adopción", la cual se configura, a su juicio, "como un *first class* en relación a la adopción en general y a la internacional en particular. Frente a la adopción, la maternidad subrogada supone la posibilidad de ser padre de un bebé sanitariamente controlado, al que se tiene acceso desde el primer momento y que, en la mayoría de los casos, porta material genético propio". CERDÀ SUBIRACHS, J., "La insostenible legalización de facto de la maternidad subrogada en España. A propósito de la Instrucción de 5 de octubre de 2012 de la DGRN". *Abogados de Familia*, núm. 60, sección Tribuna Abierta. Editorial La Ley. Madrid, 2011. Pág. 1.

pero que en ninguno de ambos casos, los niños serán gestados por su o sus futuros progenitores⁸³⁷.

La gestación subrogada se fundamenta en el derecho de todas las personas a formar su propia familia a través de la reproducción, que se enmarca, a su vez, en el derecho a la salud⁸³⁸. Mientras que en la adopción, pese a que también es necesario proteger los derechos de los adoptantes y de las demás personas implicadas en el proceso, quienes se erigen como verdaderos titulares del derecho son los niños que se encuentran en situación de indefensión, vulnerabilidad o riesgo y que precisan de protección. Prima, por tanto, el derecho de los menores que debe ser garantizado en el marco de su interés superior⁸³⁹.

7.2. Breve referencia al régimen jurídico español en adopción.

El marco jurídico por el que se rigen en España las adopciones es ciertamente complejo, hallándose integrado por diversos niveles de legislación⁸⁴⁰.

En primer lugar, encontramos normas dispersas de ámbito estatal en el Código Civil -apartados 4 y 5 del artículo 9⁸⁴¹ y artículos 175 a 180⁸⁴², ambos inclusive- y en la Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000⁸⁴³ -artículos 748 y siguientes⁸⁴⁴-, que rigen para todo el territorio nacional. También la Ley

⁸³⁷ EDWARDS, M. y ROGERSON, C., "Surrogacy: National Approaches and International Regulation". *Family Law Week*, 01/09/2011. Disponible en: <<http://www.familylawweek.co.uk/site.aspx?i=ed87773>>. Última consulta: 17/01/2017.

⁸³⁸ ESCOBAR FORNÓS, I., "Derecho a la reproducción humana (inseminación y fecundación *in vitro*)", *Cuestiones Constitucionales*, Núm. 16, enero-junio 2007. México, 2007. Pág. 138.

⁸³⁹ SUBDIRECCIÓN GENERAL DE INFANCIA, *Guía "Dónde acudir si..."*, cit., pág. 12. Disponible en: <<https://www.msssi.gob.es/ssi/familiasInfancia/docs/agendaRecursosAdopcion.pdf>>. Última consulta: 13/01/2017.

⁸⁴⁰ DÍAZ FRAILE, J.M., "Problemas actuales de la adopción...", cit., pág. 126.

⁸⁴¹ Que contienen las normas de Derecho Internacional Privado en materia de adopción.

⁸⁴² Que contienen las disposiciones relativas a la adopción, dentro del título VIII del Código, correspondiente a las relaciones paterno-filiales.

⁸⁴³ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. «BOE» núm. 7, de 8 de enero de 2000.

⁸⁴⁴ Artículos relativos a los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores y que contienen, entre otras, las normas relativas al procedimiento para determinar la necesidad de asentimiento en la adopción.

54/2007, de 28 de diciembre⁸⁴⁵, de Adopción Internacional, que entró en vigor el 30 de diciembre del año 2007, y que supuso un cambio radical para el Derecho Internacional Privado español en el régimen jurídico de dicha materia⁸⁴⁶. Dicha Ley pretende establecer un régimen completo y general en materia de adopción internacional, como institución que crea un vínculo jurídico de filiación, y regula: a) la competencia de las autoridades judiciales y consulares españolas; b) la ley aplicable al proceso; y c) el reconocimiento de las adopciones constituidas por autoridades extranjeras⁸⁴⁷.

En segundo lugar, encontramos normativa autonómica dictada con finalidad complementaria por las distintas Comunidades Autónomas⁸⁴⁸ dentro del ámbito de sus competencias⁸⁴⁹, que regulan aspectos concretos de la adopción en el marco de sus respectivos territorios⁸⁵⁰.

⁸⁴⁵ Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional. «BOE» núm. 312, de 29 de diciembre de 2007, en su modificación dada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia («BOE» núm. 180, de 29 de julio de 2015).

⁸⁴⁶ CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZALEZ, J., “Críticas y contracríticas en torno a la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional: el ataque de los clones”. *Cuadernos de Derecho transnacional*, Vol. 2, Núm. 1 (Marzo 2010). Área de Derecho internacional privado de la Universidad Carlos III. Madrid, 2010. Pág. 74. Hasta dicho momento, según los mencionados autores, la regulación legal de la adopción internacional constituía uno de los sectores más caóticos y más defectuosos técnicamente del Derecho Internacional Privado español. CALVO CARAVACA, A.L., “Globalización y Adopción Internacional”. En CALVO CARAVACA, A.L. y BLANCO-MORALES LIMONES, P. (Dir.), *Globalización y Derecho*, COLEX. Madrid, 2003. Pág. 23-71.

⁸⁴⁷ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *Derecho Internacional Privado*, 12ª edición. Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 2014. Pág. 498.

⁸⁴⁸ Como la Ley 12/2008, de 3 de julio, de protección integral de la infancia y la adolescencia de la Comunitat Valenciana («BOE» núm. 200, de 19 de agosto de 2008), la Ley 6/1995, de 28 de marzo, de Garantías de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia en la Comunidad de Madrid («BOE» núm. 183, de 2 de agosto de 1995) o la Ley 1/1998, de 20 de abril, de los Derechos y la Atención al Menor de la Comunidad Autónoma de Andalucía («BOE» núm. 150, de 24 de junio de 1998), entre muchas otras.

⁸⁴⁹ En virtud de la competencia en materia social que les atribuye el artículo 148.1.20 CE, dentro de la que se incluye la protección de menores. PARADELA AREÁN, P., “Breve comentario a la Ley 54/2007 de Adopción Internacional”, *Revista electrónica de estudios internacionales* (online), Núm. 16 (2008). Asociación Española de Profesores de Derecho internacional y Relaciones internacionales, 2008. Pág. 2. Disponible en: <http://www.reei.org/index.php/revista/num16/archivos/PARADELA_Paula.pdf>. Última consulta: 01/04/2017.

⁸⁵⁰ Como, por ejemplo, el “establecimiento del conjunto de medidas, estructuras, recursos y procedimientos para la efectividad de la protección social y jurídica del menor en situación de riesgo o de desamparo y para la efectividad de la aplicación de la Ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores”, o las “medidas de coordinación y colaboración de las distintas Administraciones Públicas y entidades colaboradoras, en el ámbito de la protección integral del menor y la familia”, tal y como resulta de los apartados b) y c) del art. 1 de la Ley

Y, finalmente, será de aplicación la normativa internacional en la materia, en particular, los convenios multilaterales en la materia, como la Convención de Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989⁸⁵¹, el Convenio de La Haya, de 29 de mayo de 1993, relativo a la protección de derechos del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional⁸⁵² o el Convenio Europeo en materia de adopción de menores, de 27 de noviembre de 2008⁸⁵³, entre otros⁸⁵⁴. Y también los convenios bilaterales sobre adopción internacional suscritos por España con países como Bolivia⁸⁵⁵, Filipinas⁸⁵⁶, Rusia⁸⁵⁷ o Vietnam⁸⁵⁸.

12/2008, de 3 de julio, de protección integral de la infancia y la adolescencia de la Comunitat Valenciana.

⁸⁵¹ Convención sobre los Derechos del Niño, celebrada el 20 de noviembre de 1989. Ratificada por España mediante Instrumento de 30 de noviembre de 1990. «BOE» núm. 313, de 31 de diciembre de 1990.

⁸⁵² Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993. Ratificado por España mediante Instrumento de 30 de junio de 1995. «BOE» núm. 182, de 1 de agosto de 1995. Dicho Convenio se basa en un sistema de cooperación y reparto de responsabilidades entre las autoridades competentes, con la finalidad básica de establecer medidas que permitan prevenir el tráfico, irregularidades y abusos a lo largo de todo el proceso, por lo que es necesario distinguir los procedimientos de adopción internacional seguidos con países que hayan ratificado dicho Convenio, de aquellos otros que no lo han hecho. No obstante, el Informe sobre Conclusiones y Recomendaciones expedido por la Comisión Especial del año 2010 de seguimiento práctico del Convenio de la Haya de 1993, alerta sobre el gran aumento en casos de gestación subrogada, que incluso se puede contratar a través de internet, y el riesgo que supone que dicha figura se utilice como alternativa a la adopción internacional pero sin las mismas salvaguardias, considerando inadecuada la aplicación del presente Convenio a los casos de subrogación, y recomendando a la Conferencia de la Haya adoptar las oportunas previsiones legales específicas en la materia.

⁸⁵³ Convenio del Consejo de Europa en materia de adopción de menores, hecho en Estrasburgo el 27 de noviembre de 2008. Ratificado por España mediante Instrumento de Ratificación del Convenio Europeo en materia de adopción de menores (revisado), hecho en Estrasburgo el 27 de noviembre de 2008. «BOE» núm. 167, de 13 de julio de 2011.

⁸⁵⁴ También será de aplicación el Convenio de La Haya, de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, o el Reglamento (CE) n.º 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, entre otros.

⁸⁵⁵ Acuerdo bilateral del Reino de España y la República de Bolivia en materia de adopciones. Madrid, 29 de octubre de 2001. «BOE» núm. 304, 20 de diciembre de 2001, relativo a su aplicación provisional, y «BOE» núm. 177, de 25 de julio de 2002.

⁸⁵⁶ Protocolo sobre adopción internacional entre el Reino de España y la república de Filipinas. Manila, 12 de Noviembre de 2002. «BOE» núm. 21, de 24 de enero de 2003 y «BOE» núm. 265, de 5 de noviembre de 2003.

⁸⁵⁷ Convenio de colaboración en materia de adopción de niños y niñas entre el reino de España y la Federación de Rusia. Madrid, 9 de julio de 2014. «BOE» núm. 74, 27 de marzo de 2015.

⁸⁵⁸ Convenio de Cooperación en materia de Adopción entre el Reino de España y la República Socialista de Vietnam. Hanoi (Vietnam), 5 de diciembre de 2007. «BOE» núm. 16, de 18 de enero de 2008.

El artículo 175 del Código Civil exige como requisito para la adopción, que el adoptante, o uno de ellos si fueran pareja, cuenten con más de veinticinco años de edad. Tan sólo permite la adopción de menores no emancipados, salvo que hubiera existido una situación no interrumpida de acogimiento o convivencia entre los adoptantes y el adoptado antes de que éste hubiera cumplido los catorce años de edad. Y excluye la posibilidad de adoptar a descendientes o a parientes colaterales hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad.

Asimismo, deberá existir una diferencia mínima de edad entre adoptantes y adoptado de, al menos, catorce años⁸⁵⁹ y no podrá ser superior a los cuarenta y cinco años de edad, salvo en los casos previstos en el artículo 176.2⁸⁶⁰ del Código Civil.

Tanto los procesos de adopción nacional, como los internacionales, comienzan con la presentación de una solicitud por parte de los interesados en adoptar, ante la autoridad pública competente en materia de adopción de la Comunidad Autónoma en que residan, que deberá acompañarse de un cuestionario inicial, la declaración de estar suficientemente informados, así como, tan sólo en el caso de las internacionales, de una declaración jurada de no estar incurso en causa penal.

A continuación, comenzará un proceso de reflexión-preparación de los adoptantes que les ayudará a ser conscientes de sus propias motivaciones, la realidad y particularidades del camino que inician, así como sus expectativas en relación con el futuro niño adoptado⁸⁶¹.

⁸⁵⁹ Art. 175.1 CC.

⁸⁶⁰ Que establece que no se requerirá la propuesta previa de la Entidad Pública a favor del adoptante o adoptantes que dicha Entidad Pública haya declarado idóneos para el ejercicio de la patria potestad “cuando en el adoptando concorra alguna de las circunstancias siguientes: 1.^a Ser huérfano y pariente del adoptante en tercer grado por consanguinidad o afinidad. 2.^a Ser hijo del cónyuge o de la persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal. 3.^a Llevar más de un año en guarda con fines de adopción o haber estado bajo tutela del adoptante por el mismo tiempo. 4.^a Ser mayor de edad o menor emancipado”.

⁸⁶¹ SUBDIRECCIÓN GENERAL DE INFANCIA, *Guía “Dónde acudir...”*. cit., pág. 18-23.

Mientras tanto, se realizará un estudio psico-social por parte de psicólogos y trabajadores sociales dirigido a la obtención de un certificado de idoneidad o no idoneidad⁸⁶² de los solicitantes, entendiendo a ésta como “la capacidad, aptitud y motivación adecuadas para ejercer la responsabilidad parental, atendiendo a las necesidades de los menores a adoptar, y para asumir las peculiaridades, consecuencias y responsabilidades que conlleva la adopción”⁸⁶³. Sin la preceptiva declaración de idoneidad⁸⁶⁴, requisito establecido como imprescindible para la adopción tanto por la legislación española, como por el Convenio de La Haya, de 29 de mayo de 1993, no se podrá reconocer en España una adopción tramitada en el extranjero.

Por tanto, la exigencia de la declaración de idoneidad responde al interés superior del menor, pues la expedición de dicho certificado asegura que los adoptantes cuentan con las circunstancias apropiadas para asumir la adopción de un niño en concreto, así como para poder ejercer la patria potestad sobre el mismo⁸⁶⁵.

Una vez declarada la idoneidad, para las adopciones internacionales se preparará el expediente completo, con los documentos traducidos y apostillados, que será remitido a la autoridad competente del país elegido por los solicitantes, que lo estudiará y propondrá la asignación del niño concreto para la adopción que considere que mejor se adapta a las características de los solicitantes en base a la información proporcionada por éstos.

⁸⁶² En el que se valorarán criterios como las características psicosociales de los adoptantes - estabilidad, madurez emocional, tolerancia y flexibilidad-; si éstos cuentan con una motivación adecuada y expectativas realistas ante la adopción; en el caso de parejas, si gozan de una relación estable y positiva; y, finalmente, si cuentan con aptitudes básicas para la educación, todo ello con la finalidad de proteger el interés superior del menor.

⁸⁶³ Art. 10 Ley 54/2007.

⁸⁶⁴ La idoneidad de los solicitantes podrá ser rechazada por múltiples motivos, entre otros, por la edad de los solicitantes, estabilidad de los padres y madurez emocional, motivación y actitud adecuada para la adopción, relaciones estables y positivas de la pareja, aptitud básica para la educación del menor, psicopatologías en alguno de sus miembros, elevados niveles de estrés, determinados problemas de salud e, incluso, realizar ciertos comentarios sobre la raza o sexo del futuro hijo. En “¿Por qué se deniegan los certificados de idoneidad?”. Disponible en: <<https://aa-abogados.com/por-que-se-deniegan-los-certificados-de-idoneidad/>>. Última consulta: 17/01/2017.

⁸⁶⁵ CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZALEZ, J., “Críticas y contracríticas en torno...”, cit., pág. 116.

Conforme al artículo 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño⁸⁶⁶, es a las autoridades del país de origen del menor a quienes corresponde decidir si, en atención a la situación jurídica del niño, procede o no su adopción internacional, tras determinar que no es posible proporcionarle la protección y cuidado adecuados en su país de origen mediante su colocación en un hogar de guarda o entrega a una familia adoptiva en dicho país. Por tanto, la adopción internacional se configura como un “recurso social de competencia exclusiva de los poderes públicos”⁸⁶⁷, que deberán buscar la solución más adecuada para los niños necesitados de protección, en primer lugar en su propio país o en otro diferente si se acreditase que en el primero no se le puede prestar el cuidado necesario.

Para prevenir irregularidades y abusos en las adopciones internacionales, el artículo 4 de la Ley 54/2007 prohíbe tramitar ofrecimientos para la adopción de niños nacionales o con residencia en países que se encuentren inmersos en conflictos bélicos o desastres naturales, si no existe en dichos países una autoridad específica que controle y garantice las adopciones. Tampoco se podrán llevar a cabo adopciones si existe una situación de inseguridad jurídica grave en su tramitación, que no ofrezca las garantías adecuadas en el respeto del interés superior del menor.

Una vez propuesta la asignación de un niño concreto por parte de la autoridad extranjera y tras ser valorada por las autoridades competentes españolas, será presentada a la familia solicitante para que manifieste su acuerdo al respecto y, si así lo hiciera, se organizará un primer encuentro con el niño y se determinará un tiempo en que deberán convivir antes de constituir la adopción.

⁸⁶⁶ Convención sobre los Derechos del Niño, celebrada el 20 de noviembre de 1989. Ratificada por España mediante Instrumento de 30 de noviembre de 1990. «BOE» núm. 313, de 31 de diciembre de 1990.

⁸⁶⁷ SUBDIRECCIÓN GENERAL DE INFANCIA, *Guía “Dónde acudir...”*, cit., pág. 13.

El proceso de adopción nacional terminará, generalmente, con la correspondiente resolución judicial⁸⁶⁸ de adopción, dado que afecta a bienes jurídicos como la filiación y la paternidad. Dicha constitución judicial de la adopción es irrevocable y extinguirá los vínculos jurídicos con la familia anterior, instituyendo una nueva y completa vinculación con la nueva familia adoptiva⁸⁶⁹.

En el ámbito internacional, una vez obtenida la preceptiva resolución judicial, o en ciertos países administrativa, constitutiva de la adopción, los adoptantes deberán solicitar la inscripción del nacimiento y de la adopción del menor en el Registro Civil consular para que sus efectos sean reconocidos en España, salvo que nos encontremos ante una resolución que contenga una adopción simple⁸⁷⁰ o no plena, cuyos efectos no se corresponden sustancialmente con los previstos para la adopción en nuestra legislación interna, por lo que no podrá inscribirse en el Registro Civil consular. En dicho caso, los adoptantes deberán solicitar la expedición de un visado de reagrupación familiar para poder viajar con el niño a España e instar, llegados a España, la conversión en adopción plena ante el Juzgado o Tribunal español competente⁸⁷¹.

Finalmente, tras los procesos de adopción internacional, la mayoría de los países de origen de los niños realizan un seguimiento de la adaptación del menor a su nueva familia y entorno, para lo que suelen solicitar durante

⁸⁶⁸ Dependiendo del país de origen del niño, dichas resoluciones también podrán tener carácter administrativo.

⁸⁶⁹ PALACIOS, J., *La aventura de adoptar. Guía para solicitantes de adopción internacional*. Ministerio de Sanidad y Política Social. Madrid, 2010. Pág. 93. Disponible en: <<https://www.msssi.gob.es/ssi/familiasInfancia/docs/AccesibleLaAventuraDeAdoptar.pdf>>.

Última consulta: 17/01/2017.

⁸⁷⁰ Como sucede en el caso de India, donde la resolución judicial no constituye una adopción plena, sino una guarda o tutela preordenada a una adopción. En el propio documento de constitución de dicha medida se faculta para su conversión en adopción plena en el país de recepción del menor, en el plazo establecido para ello. En "Procedimiento de la adopción internacional". Consejería de Empleo y Bienestar Social del Gobierno de Cantabria. Disponible en:

<<http://www.serviciossocialescantabria.org/uploads/documentos/Procedimiento%20Adopcion%20Internacional.pdf>>. Última consulta: 17/01/2017.

⁸⁷¹ En base al art. 16 de la Ley 54/2007, la competencia vendrá determinada en base a las normas de la jurisdicción voluntaria o, si no pudiera concretarse con arreglo a éstas, corresponderá al órgano judicial que los adoptantes elijan.

algunos años, un informe elaborado por los correspondientes profesionales que indiquen dichos extremos⁸⁷².

7.3. Restricciones que han llevado al descenso de las adopciones.

Tras un aumento constante desde la década de 1990 de las cifras anuales en adopciones, el máximo histórico se alcanzó en España en el año 2014, llegándose a formalizar 5.541 adopciones en el ámbito internacional⁸⁷³, frente a 828 en el nacional⁸⁷⁴, lo que hace un total de 6.369. Desde dicho momento, pese a mantenerse un elevado número de familias idóneas pendientes de asignación, las cifras anuales no han dejado de disminuir constantemente, llegándose a formalizar en el año 2015, 608 adopciones de menores en el ámbito nacional y 799 en el internacional⁸⁷⁵, es decir, en total 1.407 adopciones.

Frente a ello, según estimaciones efectuadas por las agencias especializadas⁸⁷⁶, el número estimado de menores traídos a nuestro país en

⁸⁷² SUBDIRECCIÓN GENERAL DE INFANCIA, *Guía “Dónde acudir...”*, cit., pág. 22.

⁸⁷³ En total tuvieron lugar 5.541 adopciones internacionales en nuestro país, dicho año. SUBDIRECCIÓN GENERAL DE INFANCIA, *Guía “Dónde acudir si...”*, cit., pág. 16.

⁸⁷⁴ DIRECCIÓN GENERAL DE POLÍTICA SOCIAL, DE LAS FAMILIAS Y DE LA INFANCIA. *Boletín de Datos Estadísticos de Medidas de Protección a la Infancia (Datos 2009)*. Boletín Estadístico 12 (2010). Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad. Madrid, 2011. Pág. 23. Disponible en: http://www.observatoriodelainfanciadeasturias.es/documentos/proteccion_12.pdf. Última consulta: 16/01/2016.

⁸⁷⁵ De los últimos datos facilitados por la Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad correspondientes al año 2015, resulta que dicho año se adoptaron 608 menores en el ámbito nacional, frente a 799 en el internacional. En SECRETARÍA DE ESTADO DE SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD. *Boletín de Datos Estadísticos de Medidas de Protección a la Infancia*. Boletín número 18 (Datos 2015). Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. Madrid, 2017. Pág. 38 y 92.

⁸⁷⁶ En el año 2014 se formalizaron 606 adopciones internacionales frente a 824 nacionales, es decir, se adoptaron un total de 1.420 niños, según datos facilitados por la Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad, así como por los Consulados españoles en el extranjero (en *Boletín de Datos Estadísticos de Medidas de Protección a la Infancia*. Boletín número 17 -datos 2014-, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. Madrid, 2016, pág. 37). Con respecto a la gestación subrogada, pese a la dificultad para poder acceder a datos actualizados y no existir estadísticas oficiales, se calcula por parte de las agencias especializadas que los niños nacidos a través de dicho proceso en países extranjeros y traídos a nuestro país, pudieron superar los 1.400 en el año 2014. DEL BARRIO, A., “Entran más niños en España por vientre de alquiler que mediante la adopción”. *El Mundo*, 29/10/2014. Disponible en: <http://www.elmundo.es/solidaridad/2014/10/29/544dee1a22601d0b0e8b456c.html>; LARRAÑETA, A., “Un millar de niños españoles nacen cada año en el extranjero a través de

los últimos años, procedentes de gestación subrogada llevada a cabo en el extranjero se sitúa próximo a las cifras correspondientes a la adopción y va en aumento año tras año, lo que revela el gran auge de esta técnica.

El desplome en las adopciones se debe en parte, tal y como hemos indicado anteriormente, a las restricciones y endurecimiento de los requisitos impuestos por muchos países de origen.

Como sucede, por ejemplo, en el caso de China, que ha subido en los últimos años sus exigencias hasta el punto de exigir que los adoptantes sean matrimonios heterosexuales, que cuenten con altos ingresos, una educación mínima de bachillerato, buen estado de salud y un comportamiento cívico ejemplar, pudiendo impedir el hecho de la adopción que alguno de los adoptantes adolezca de obesidad, una sordera leve o, incluso, simplemente por el mero hecho de tener cinco multas graves de tráfico⁸⁷⁷.

Dicho endurecimiento se debe, entre otros motivos, a que para ciertos países, como en la mencionada China o en Rusia⁸⁷⁸, “no resulta agradable reconocer que no son capaces de proteger correctamente a su infancia y tienen que acabar dándola en adopción internacional”⁸⁷⁹, considerando que el hecho

madres de alquiler”. *20 minutos*, 17/11/2014. Disponible en: <<http://www.20minutos.es/noticia/2292573/0/ninos-espanoles/maternidad-subrogada/extranjero/>>; “Adopción internacional o maternidad subrogada”, *Bioderecho*, 19/02/2015. Disponible en: <<http://bioderecho.org.mx/wp/adopcin-internacional-o-maternidad-subrogada/>>; MACPHERSON, A., “Los hijos de madres de alquiler casi igualan a los de adopción internacional”. *La Vanguardia*, 25/06/2015. Disponible en: <<http://www.lavanguardia.com/vida/20150625/54432509896/hijos-madres-alquiler-adopcion-internacional.html>>; Últimas consultas: 06/12/2016.

⁸⁷⁷ SILIÓ, E., “La adopción internacional se complica”. *Escritura Pública*, núm. 62. Consejo General del Notariado. Madrid, 2010. Pág. 47-48.

⁸⁷⁸ Ambos países han sido históricamente los países que mayor número de adopciones han formalizado con familias españolas. Los datos estadísticos al respecto son especialmente reveladores. Mientras que en 2004 se adoptaron 2.389 menores chinos y 1.618 procedentes de Rusia, en 2014 se adoptaron 229 de nacionalidad china y 161 de la rusa, respectivamente, según los datos proporcionados por los Boletines oficiales de datos estadísticos elaborados por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, citados anteriormente.

⁸⁷⁹ Tal y como afirma ZÚÑIGA, estableciendo que, por ejemplo, para Rusia la adopción internacional supone “una verdadera vergüenza nacional”. En ZÚÑIGA, A., “Las adopciones internacionales...”, cit., pág. 64.

de no ser capaces de hacerse cargo de los niños abandonados en sus respectivos territorios puede afectar a su imagen de potencias mundiales⁸⁸⁰.

Pero también existen motivaciones puramente políticas o religiosas, o incluso de carácter homóforo o discriminatorio, que imponen barreras a determinados países receptores que poco o nada tienen que ver con la protección de los menores desamparados⁸⁸¹. Como la prohibición por parte de Rusia para adoptar niños de su país por parte de familias estadounidenses o las que impone a la adopción por parte de parejas del mismo sexo.

Es inevitable hablar específicamente de la adopción por parte de personas del mismo sexo⁸⁸² y de las restricciones que se les imponen en muchos países para llevar a cabo la adopción como pareja en el ámbito internacional.

O muchos países africanos o sudamericanos que vetan la adopción a las familias homoparentales y, algunos de ellos, también a las monoparentales⁸⁸³, como es el caso de la República democrática del Congo, que en el artículo 669 de su Código de Familia⁸⁸⁴ prohíbe expresamente que este último tipo de familias puedan formalizar adopciones en su país.

7.4. El régimen de la kafala.

Con respecto a las restricciones que pueden afectar a la adopción

⁸⁸⁰ VAELO OLAVE, P., "Por qué adoptar es cada vez más difícil". El Diario.es, 28/03/2014. En <http://www.eldiario.es/sociedad/adopcion-adopcion_nacional-adopcion_internacional- idoneidad-Convenio_de_La_Haya_0_240426108.html>. DÍEZ, P.M., "Las adopciones de niñas chinas caen en picado por la mejora económica del país". Periódico ABC.es, 17/06/2014. En <<http://www.abc.es/sociedad/20140617/abci-adopciones-china-caida-201406151748.html>>. Últimas consultas: 16/01/2017.

⁸⁸¹ ZÚÑIGA, A., "Las adopciones internacionales...", cit., pág. 66.

⁸⁸² Tal y como indicó ÁLVAREZ GONZÁLEZ, "inseparables e ineludibles palabras son la adopción y el matrimonio entre personas del mismo sexo", en ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. "Dimensión internacional del matrimonio entre personas del mismo sexo: lo que el ojo del legislador español no vio", en ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. et al. (Coord.), *Estudios de Derecho de familia y de sucesiones (dimensión interna e internacional)*. Universidad Santiago de Compostela. Santiago de Compostela, 2009. Pág. 33.

⁸⁸³ DELLE FEMMINE, L., "Los Gobiernos cierran las puertas a la adopción para homosexuales y solteros". El País, 19/07/2013. Última consulta: 16/01/2016.

⁸⁸⁴ Democratic Republic of Congo Family Code. Disponible en: <<http://landwise.resourceequity.org/record/1604>>. Última consulta: 12/05/2017.

desde el punto de vista religioso, debemos mencionar el régimen de la *kafala*, que se trata de una institución muy compleja, propia de los países islámicos, e inexistente en Derecho español, que constituye un claro ejemplo de las divergencias existentes en el ámbito del Derecho de familia entre el Derecho islámico y el occidental⁸⁸⁵.

Dicha medida permite articular una protección sobre los menores que han sido abandonados o que han quedado huérfanos⁸⁸⁶ sin afectar, en principio, a sus apellidos ni a sus lazos de sangre con sus familias biológicas de origen⁸⁸⁷. En ella, el titular de la *kafala* (*kafil*) adquiere el compromiso de hacerse cargo voluntariamente del cuidado, educación y protección del menor (*makful*⁸⁸⁸), de la misma forma en que un padre lo haría con sus hijos⁸⁸⁹.

La *kafala* tiene regímenes jurídicos diversos en los distintos países en que se reconoce⁸⁹⁰. Así, en algunos de ellos se prohíbe generar un vínculo de filiación entre la persona que asume la *kafala* del menor y éste último⁸⁹¹, como

⁸⁸⁵ Junto con otros aspectos, como la institución patriarcal del mundo árabe o la clara desigualdad entre sexos en que se apoya la sociedad musulmana, que demuestran una clara divergencia con los principios que configuran la sociedad occidental actual. En DIAGO DIAGO, M.P., "La concepción islámica de la familia y sus repercusiones en el Derecho internacional privado español". *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, Núm. 6. Instituto Aragonés de la Mujer. Zaragoza, 2001. Pág. 6.

⁸⁸⁶ CORDERO ÁLVAREZ, C.I., "Adopción en Europa y efectos de la *Kafâla* en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos". *Anuario español de Derecho internacional privado*, tomo XII. Marcial Pons. Madrid, 2012. Pág. 456.

⁸⁸⁷ RODRÍGUEZ-BENOT, A., "Eficacia de la *Kafala* ante el ordenamiento español", en QUIÑONES ESCAMEZ, A. et al., *Kafala y adopción en las relaciones hispano-marroquíes*. FIIAPP. Madrid, 2009. Pág. 128.

⁸⁸⁸ Los *makful* pueden ser niños abandonados de diferentes categorías: huérfanos, abandonados con filiación desconocida, o abandonados con filiación conocida pero cuyos padres no pueden atender sus necesidades básicas o carecen de medios legales de subsistencia. En DIAGO DIAGO, M.P., "La *Kafala* Islámica en España". *Cuadernos de Derecho transnacional*, Vol. 2, Núm. 1 (Marzo 2010). Área de Derecho internacional privado de la Universidad Carlos III. Madrid, 2010. Pág. 147.

⁸⁸⁹ DIAGO DIAGO, M.P., "La *Kafala* Islámica...", cit., pág. 142.

⁸⁹⁰ Por ejemplo, "no es lo mismo la *kafala* marroquí que..., acepta la *kafala* internacional, que la *kafala* argelina que exige que el *kafil* sea argelino, condición de nacionalidad que es exigida también en Siria o Jordania respecto de sus nacionales y que tampoco aceptan la *kafala* de extranjeros e incluso llegan a impedir que el *kafil*, aún nacional, se instale en el extranjero con el niño". En DIAGO DIAGO, M.P., "La *Kafala* Islámica...", cit., pág. 142.

⁸⁹¹ Dictamen 3/2016, sobre la incidencia de la reforma de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional, respecto al tratamiento de la *kafala*, expedido por la Fiscalía General del Estado. Pág. 2.

en el caso de Argelia⁸⁹² o Marruecos⁸⁹³, mientras que en otros será compatible con la adopción, como sucede en Túnez⁸⁹⁴ o Turquía⁸⁹⁵.

La Ley española 54/2007, de Adopción Internacional, incluye normas que permiten el reconocimiento de la institución de la *kafala*⁸⁹⁶.

En un primer momento, interpretando *a sensu contrario* el artículo 19.2 de dicha Ley 54/2007, cabía incluso la posibilidad de llegar a consolidar una adopción plena en España del menor entregado en régimen de *kafala* y cuya residencia se fijase en nuestro país⁸⁹⁷, independientemente de que la misma se hallase permitida o no en su país de origen. Pero con la introducción en el año 2015 del nuevo apartado 4 del artículo 19⁸⁹⁸, “en el caso de menores cuya ley nacional prohíba o no contemple la adopción, se denegará la constitución de la adopción, excepto cuando el menor se encuentre en situación de desamparo y tutelado por la Entidad Pública”.

⁸⁹² Donde la *kafala* se regula en los arts. 116 a 125 de su Código de Familia, que la definen como “la obligación de hacerse cargo, benévolamente, del mantenimiento, educación y protección de un niño menor, del mismo modo que lo haría un padre respecto de su hijo”. DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., “Efectos jurídicos en España del acogimiento de Derecho islámico («*kafala*»)”. *Diario La Ley*, núm. 7393 (Sección Doctrina), 3 mayo 2010. La Ley. Madrid, 2010. Pág. 4.

⁸⁹³ En Marruecos se regula dicha institución en su Código de Familia (*Mudawana*), en el que “la adopción no tiene valor jurídico y no producirá ninguno de los efectos de la filiación jurídica”, tal y como resulta del Dictamen 3/2016, sobre la incidencia de la reforma de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional, respecto al tratamiento de la *kafala*, expedido por la Fiscalía General del Estado. Pág. 3. No obstante, en dicho país, si la *kafala* reúne todos los requisitos legales, nacerán con respecto del menor acogido tanto derechos individuales -a su guarda y custodia, a sus cuidados, educación, seguimiento y control de sus asuntos, entre otros, como otros derechos de naturaleza económica, como su manutención. En ZEKRI, H., “La *Kafala* en el Derecho marroquí”, en QUIÑONES ESCAMEZ, A. et al., *Kafala y adopción en las relaciones hispano-marroquíes*. FIIAPP. Madrid, 2009. Pág. 51-68.

⁸⁹⁴ Estando regulada la adopción en la Ley tunecina 1958-0027, de 4 de marzo de 1958, aunque previéndose tan solo la posibilidad de que una persona nacional de Túnez pueda adoptar a un menor extranjero, pero no que un extranjero pueda adoptar a un niño tunecino.

⁸⁹⁵ Como es el caso de Túnez y Turquía, cuyos ordenamientos jurídicos compatibilizan la regulación de la *kafala* con la admisión de la adopción, tal y como señala el “Dictamen 3/2016, sobre la incidencia de la reforma de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional, respecto al tratamiento de la *kafala*”, expedido por la Fiscalía General del Estado. Pág. 3 y 11.

⁸⁹⁶ QUIÑONES ESCAMEZ, A., “Protección del menor venido a España en *Kafala*: acogimiento con tutela dativa y, en su caso, adopción”, en QUIÑONES ESCAMEZ, A. et al., *Kafala y adopción en las relaciones hispano-marroquíes*. FIIAPP. Madrid, 2009. Pág. 182.

⁸⁹⁷ CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZALEZ, J., “Críticas y contracríticas en torno...”, cit., pág. 108.

⁸⁹⁸ Apartado introducido por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. «BOE» núm. 180, de 29 de julio de 2015.

Asimismo, de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Harroudj contra Francia⁸⁹⁹, en que dicho Tribunal se ha pronunciado por primera vez en materia de la *kafala* desde la perspectiva de los eventuales derechos implicados del menor, resulta que “el criterio nacionalidad como punto de conexión resulta plenamente conforme con el principio de igualdad y proporcionalidad, y la institución de la *kafâla* es suficientemente garante de los intereses del menor, tal y como se deriva de la reglamentación internacional de protección del menor”⁹⁰⁰.

Por otra parte, los casos en que no se permita adoptar al menor *kafalado* también producirán efectos legales en España. Así, tal y como resulta de la Resolución-Circular de 15 de julio de 2006, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre reconocimiento e inscripción en el Registro Civil español de las adopciones internacionales⁹⁰¹ “a través de la técnica jurídica propia del Derecho internacional privado de la «calificación por la función», puede entenderse que tales instituciones, desconocidas para el ordenamiento jurídico español, desarrollan en el derecho extranjero una función similar a la que despliega, en Derecho español, el «acogimiento familiar» que produce la plena participación del menor en la vida familiar e impone a quien lo recibe las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral, bien con carácter transitorio -acogimiento familiar simple-, bien con carácter permanente -acogimiento familiar permanente-, pero que ni crea vínculos nuevos de filiación, ni rompe los anteriores, ni priva de la patria potestad a los padres”, pero en ningún caso se producirá “ni la modificación del orden sucesorio en la herencia causada por cualquiera de los miembros de la nueva familia, ni el nacimiento de vínculo de parentesco alguno ni, en consecuencia, impedimentos para el matrimonio”.

⁸⁹⁹ *Case of Harroudj v. France (Application no. 43631/09)*, 4 October 2012. *European Court of Human Rights (Fifth Section)*.

⁹⁰⁰ Tal y como afirma CORDERO ÁLVAREZ, alegando, además, que ello debilita seriamente las argumentaciones que se basan en el interés superior del menor para fundamentar la conversión de la *kafala* en adopción y sortear la prohibición expresa de la ley personal del menor. En CORDERO ÁLVAREZ, C.I., “Adopción en Europa y efectos de...”, cit., pág. 488.

⁹⁰¹ Resolución-Circular de 15 de julio de 2006, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre reconocimiento e inscripción en el Registro Civil español de las adopciones internacionales. «BOE» núm. 207, de 30 de agosto de 2006.

En el ámbito laboral también se permite equiparar funcionalmente la institución de la *kafala* con la adopción a efectos de que el menor pueda acceder a una pensión por orfandad⁹⁰², tal y como resulta de, entre otras, la sentencia 58/2008 de 31 de enero de 2008, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid⁹⁰³.

Pero este régimen de la *kafala* que, generalmente, no permite establecer un vínculo de filiación pleno y permanente con el menor, unido al marcado carácter religioso de la misma⁹⁰⁴ -solo podrá ser *kafil* una persona que profese el Islam para poder asumir el deber sagrado de educar al niño en la verdad del Corán-, también convierte en muy complicada la posibilidad de adoptar por parte de occidentales a los niños procedentes de países islámicos.

7.5. Abusos en la adopción internacional.

Actualmente, la casi ausencia de niños abandonados en el mundo occidental, unido al descenso de la natalidad en los países más adelantados⁹⁰⁵, lleva a que miles de parejas recurran a la adopción en el extranjero⁹⁰⁶.

⁹⁰² ORTIZ VIDAL, M.D., "La *kafala* islámica: institución jurídica protegida en España por la prestación social de orfandad", en COMBALÍA, Z. et al. (Coord.), *Derecho e Islam en una Sociedad Globalizada*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2016. Pág. 278-280.

⁹⁰³ Sentencia 58/2008, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 31 de enero de 2008, en el Recurso nº 2423/2007 (Id. Cendoj: 28079340032008100052).

⁹⁰⁴ MARCHAL ESCALONA, N., "La *Kafala* marroquí: problemas de ayer, hoy y mañana". *Revista internacional de doctrina y jurisprudencia*, Vol. 3 (julio 2013). Universidad de Almería. Almería, 2013. Disponible en: <http://www.ual.es/revistas/RevistaInternacionaldeDoctrinayJurisprudencia/pdfs/2013-07/articulos_la-kafala-marroqui.pdf>. Última consulta: 17/03/2017.

⁹⁰⁵ Descenso que se debe, en parte, a la incorporación de la mujer al mundo laboral, lo que retrasa su edad de acceso a la maternidad y reduciéndose, con ello, su nivel de fertilidad. Asimismo, tal y como afirma ELVIRA ARROYO, el número de nacimientos en España ha venido manteniendo una tendencia decreciente desde el año 2008, haciendo que nuestro país envejezca a pasos agigantados. Nuestra tasa de fecundidad es una de las más bajas del mundo, con 1,3 hijos por mujer, frente a los 2,1 hijos por mujer necesarios para lograr el reemplazo generacional. Ello, hace necesario la implantación de medidas económicas que favorezcan la natalidad y la conciliación de la vida familiar y laboral. ARROYO, E., "Ley de Adopción Internacional. Con todas las garantías". *Escritura Pública*, núm. 48. Consejo General del Notariado. Madrid, 2007. Pág. 32-36.

— "SOS. Necesitamos más niños". *Escritura Pública*, núm. 104. Consejo General del Notariado. Madrid, 2017. Pág. 8-9.

⁹⁰⁶ DURÁN AYAGO, A., "El interés del menor como principio inspirador de la adopción internacional". *Anuario de la Facultad de Derecho*, núm. 18. Universidad de Extremadura, 2010. Pág. 357.

Para DURÁN AYAGO se ha invertido la esencia principal de esta institución, puesto que el principio del interés superior del menor que debería primar en el proceso, se ha desplazado hacia los intereses de quienes no tienen hijos y recurren a la adopción para lograrlos⁹⁰⁷.

Es innegable que ciertas adopciones de menores procedentes de países menos desarrollados se han llevado a cabo de forma irregular y/o ilegal, mediante el empleo de la fuerza, el fraude o la coerción, recurriéndose incluso, en ocasiones, al secuestro de estos niños, separándolos violentamente de sus familias⁹⁰⁸.

Este tipo de abusos se pueden cometer, no sólo en el ámbito de la adopción internacional, sino también en relación con la gestación subrogada, en el caso de que se procediera a la sustracción de niños y niñas recién nacidos para ser entregados a los progenitores intencionales, haciendo ver que proceden de un proceso de subrogación.

Es necesario adoptar las medidas necesarias que permitan prevenir el

⁹⁰⁷ *Ibíd.*, pág. 357. También MARRE y SAN ROMÁN opinan que, de los datos etnográficos sobre adopciones transnacionales, se puede deducir que la implementación del principio del interés superior del menor no es inequívoca o universal, sino que constituye una “construcción cultural con base en la interpretación, es decir, en la ética personal y/o institucional”, inclinándose su aplicación, habitualmente, “por la consideración de los niños y niñas como objetos de protección y cuidado, y por el reconocimiento de los derechos de quienes los adoptan, una interpretación que excluye a los niños y niñas como sujetos de pleno derecho y a sus familias de origen”. MARRE, D. y SAN ROMAN, B., “El “interés superior” de la niñez en la adopción en España: entre la protección, los derechos y las interpretaciones”. *Scripta Nova. Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*, Vol. XVI, Núm. 395 (9). Universidad de Barcelona. Barcelona, 2012. Disponible en: <<http://www.ub.edu/geocrit/sn/sn-395/sn-395-9.htm>>. Última consulta: 13/09/2016.

⁹⁰⁸ En un Informe emitido en el año 2010 por la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala (CICIG), dependiente de las Naciones Unidas, detectó e identificó entre los hechos presuntamente constitutivos de delito “diversos *modus operandi* desarrollados por redes ilegales dedicadas a la trata de personas con finalidad de adopción irregular. Estas redes están integradas, entre otros, por jaladoras o enganchadoras encargadas de robar o “comprar” niños a sus madres biológicas, o en otros casos amenazarlas, coaccionarlas o engañarlas para que den a sus hijos en adopción. Estas jaladoras están asociadas con notarios que tramitan las adopciones. En ocasiones se utilizan niños robados a los que se les falsifica toda su documentación y se recurre a mujeres que suplantan a las madres biológicas a través de la falsificación de documentos de identidad. Para tal efecto, tanto notarios como jaladoras, que por lo general son los núcleos de estas redes, recurren a médicos, comadronas, parteras y registradores civiles de diversas municipalidades y laboratorios de ADN en donde también se falsifican los exámenes pertinentes.” En “Informe sobre actores involucrados en el proceso de adopciones irregulares en Guatemala a partir de la entrada en vigor de la Ley de Adopciones”, Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala (CICIG), diciembre de 2010.

tráfico de niños, así como proteger los derechos de las mujeres en un contexto de violencia impune contra las mismas⁹⁰⁹.

Sin embargo, quienes afirman que no debe legalizarse la gestación por sustitución para evitar tales abusos, logran precisamente el efecto contrario ya que, en dicho caso, las familias de los países en que dicha figura está prohibida, recurren en muchas ocasiones a las gestantes que residen en los países menos adelantados, pudiendo convertirse en víctimas de abusos, estructuras ocultas o del crimen organizado, lo que supone una clara vulneración de los derechos humanos.

Es necesario regular dichas prácticas, fijando los límites que el legislador estime oportunos, con tal de que las familias pueden llevar a cabo dichos procesos en sus propios países, donde se encuentre debidamente constatado y supervisado que se vela por los derechos y deberes de todas las partes intervinientes en los mismos, así como que existe un consentimiento informado, libre y válidamente prestado por todos ellos, especialmente, por la gestante que portará al menor en su vientre y lo entregará a los padres intencionales una vez nacido.

Como ya hemos indicado anteriormente, con tal de prevenir irregularidades y abusos en las adopciones internacionales, el apartado 2 del artículo 4 de la Ley 54/2007 prohíbe tramitar ofrecimientos para la adopción de niños nacionales o con residencia habitual en países que se encuentren bajo las siguientes circunstancias: “a) Cuando el país en que el menor adoptando tenga su residencia habitual se encuentre en conflicto bélico o inmerso en un desastre natural. b) Si no existe en el país una autoridad específica que controle y garantice la adopción y que remita a las autoridades españolas la propuesta de asignación con información sobre la adoptabilidad del menor y el

⁹⁰⁹ Tal y como denuncia en su artículo SMITH ROTABI, K., “El uso de la fuerza, el fraude y la coerción en algunas adopciones en Guatemala: los casos graves de secuestros que cuestionan el principio del “interés superior de la niñez””. *Scripta Nova. Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*, Vol. XVI, Núm. 395 (24). Universidad de Barcelona. Barcelona, 2012. Disponible en: <<http://www.ub.edu/geocrit/sn/sn-395/sn-395-24.htm>>. Última consulta: 30/03/2017.

resto de la información recogida en el párrafo e) del artículo 5.1⁹¹⁰. c) Cuando en el país no se den las garantías adecuadas para la adopción y las prácticas y trámites de la misma no respeten el interés del menor o no cumplan los principios éticos y jurídicos internacionales referidos en el artículo 3⁹¹¹”.

A dichos efectos, será a la Administración General del Estado, en colaboración con las Entidades Públicas, a quien corresponderá determinar en cada momento cuales son los países que se encuentran incursos en alguna de las circunstancias previstas en el artículo 4.2 a efectos de decidir si procede iniciar o suspender la tramitación de adopciones en los mismos.

También está restringida la adopción de menores extranjeros que hubieran sido desplazados a España en programas humanitarios de estancia temporal por motivo de vacaciones, estudios o tratamiento médico. En dichos supuestos, la tramitación de los ofrecimientos para la adopción se deberá iniciar una vez tales estancias hubieran finalizado y siempre que en los respectivos países de origen de los menores, éstos hubieran sido declarados adoptables⁹¹².

La prohibición de adoptar menores residentes en países inmersos en conflictos bélicos o desastres naturales, independientemente de que intervinieran de forma obligatoria las entidades colaboradoras acreditadas en

⁹¹⁰ El cual dispone que “Artículo 5.1. En materia de adopción internacional corresponde a las Entidades Públicas: ...e) Recibir la asignación del menor de las autoridades competentes del país de origen en la que figure información sobre su identidad, su adoptabilidad, su medio social y familiar, su historia médica y necesidades particulares; así como la información relativa al otorgamiento de los consentimientos de personas, instituciones y autoridades requeridas por la legislación del país de origen.”.

⁹¹¹ Dicho art. 3, relativo a los principios informadores de la Ley, hace referencia a que deberán respetarse en el ámbito de la adopción y otras medidas de protección internacional de menores, los principios inspiradores, los estándares y salvaguardas previstos en la “Convención de Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, del Convenio de La Haya, de 29 de mayo de 1993, relativo a la protección de derechos del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, del Convenio de La Haya, de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, del Convenio del Consejo de Europa en materia de adopción de menores hecho en Estrasburgo el 27 de noviembre de 2008, y del Reglamento (CE) n.º 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental”.

⁹¹² Art.4.4 Ley 54/2007.

los Estados⁹¹³, se debe a que dichas situaciones podrían llegar a dificultar de forma seria, no solamente el proceso de adopción como tal, sino también la posibilidad de esclarecer la situación legal de los menores y si éstos son susceptibles de ser adoptados⁹¹⁴.

⁹¹³ HERRANZ BALLESTEROS, M., "Prohibiciones y limitaciones del artículo 4 de la Ley 54/2007: entre los objetivos de la norma y la realidad en su aplicación". *Cuadernos de Derecho transnacional*, Vol. 3, Núm. 1 (Marzo 2011). Área de Derecho internacional privado de la Universidad Carlos III. Madrid, 2011. Pág. 203.

⁹¹⁴ ARROYO, E., "Ley de Adopción Internacional. Con todas las garantías". *Escritura Pública*, núm. 48. Consejo General del Notariado. Madrid, 2007. Pág. 32.

CAPÍTULO VIII. LA INSCRIPCIÓN DE LOS NACIDOS POR ESTA VÍA EN EL REGISTRO CIVIL ESPAÑOL.

Pese a que actualmente los acuerdos de gestación subrogada se hallan sancionados con la nulidad de pleno derecho en la legislación española, ello no evita que multitud de personas acudan a países extranjeros en los que dicha práctica sí se halla permitida, y pretendan posteriormente inscribir en el Registro Civil español tanto el nacimiento de los menores⁹¹⁵, como la relación de filiación derivada del recurso a la técnica de la gestación por sustitución, que constituye la culminación de la finalidad última del contrato.

Los extremos relativos a la práctica de la inscripción de los nacimientos y de la filiación se halla regulada en España en la normativa del Registro Civil.

El Registro Civil depende del Ministerio de Justicia, siendo la Dirección General de los Registros y del Notariado el órgano consultivo al que se encomiendan legalmente todos los asuntos referidos al Registro Civil. Las órdenes e instrucciones dictadas, tanto por el Ministerio de Justicia, como por la DGRN, son de obligado cumplimiento para todos los encargados del Registro Civil.

La primera norma que reguló el Registro Civil como institución encomendada a los funcionarios de la Justicia municipal⁹¹⁶, fue la Ley de 17 de junio de 1870⁹¹⁷, desarrollada por el Reglamento de 13 de diciembre de 1870⁹¹⁸. Pese a que estuvo en vigor casi 90 años, no nos referiremos a ella puesto que en dicho momento no cabía pensar, ni por asomo, en las

⁹¹⁵ No debemos olvidar que el art. 7 de la Convención de Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, reconoce el derecho de todo niño a ser inscrito inmediatamente después de su nacimiento.

⁹¹⁶ Antes a la promulgación de la Ley, la materia relativa a la inscripción de los nacimientos, matrimonios y defunciones correspondía a los Registros parroquiales de los distintos municipios.

⁹¹⁷ Ley provisional de Registro Civil, de 17 de junio de 1870.

⁹¹⁸ Reglamento para la ejecución de las Leyes de Matrimonio y Registro Civil, aprobado por Decreto de 13 de diciembre de 1870.

posibilidades derivadas de las técnicas de reproducción asistida ni, por tanto, en la existencia de la gestación por sustitución.

Las posteriores normas en materia de Derecho registral civil español han sido la Ley sobre el Registro Civil de 8 de junio de 1957⁹¹⁹, y su Reglamento de 14 de noviembre de 1958⁹²⁰, ambos en vigor desde el 1 de enero de 1959, y que han dado suficientes muestras de calidad técnica y de capacidad de adaptación a las necesidades que han ido surgiendo a lo largo de los años.

Dicho marco normativo se complementa por diversas disposiciones legales de rango inferior, especialmente, las dictadas por la Dirección General de los Registros y del Notariado en materia de Registro Civil⁹²¹.

8.1. Inscripción en base a la Ley sobre el Registro Civil de 1957 y su Reglamento.

La Ley sobre el Registro Civil de 1957 ha sido la norma vigente en esta materia en España hasta la completa entrada en vigor el 30 de junio de 2017, de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, que veremos. Pero el Reglamento del Registro Civil, de 14 de noviembre de 1958, no ha sido derogado.

Conforme a la Ley de 1957, el Registro Civil se integraba por registros municipales -a cargo del juez municipal o comarcal-, registros consulares -a cargo de los cónsules de España en el extranjero-, y por el Registro Civil central -a cargo de dos Magistrados, asistidos de otros tantos secretarios judiciales-.

⁹¹⁹ Ley de 8 de junio de 1957 sobre el Registro Civil («BOE» núm. 151, de 10 de junio de 1957).

⁹²⁰ Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil («BOE» núm. 296, de 11 de diciembre de 1958).

⁹²¹ Como, entre otras, la Instrucción de 15 de febrero de 1999 sobre constancia registral de la adopción («BOE» núm. 52, de 2 de marzo de 1999), la Instrucción de 25 de junio de 2013 sobre supuestos a los que se aplica el art. 217 RRC («BOE» núm. 161, de 6 de julio de 2013), la Instrucción de 13 de mayo de 2015 sobre remisión de las solicitudes de adquisición de la nacionalidad española por residencia («BOE» núm. 124, de 25 de mayo de 2015), o la Circular de 22 de mayo de 1975 sobre nacionalidad española («BOE» núm. 124, de 24 de mayo de 1975), entre muchas otras.

El Registro se hallaba dividido en cuatro secciones, la primera de ellas denominada “nacimientos y general”, la segunda “matrimonios, la tercera sección “defunciones”, y la cuarta y última “tutelas y representaciones legales”.

El artículo 1 LRC1957 previa la inscripción en el mismo de todos “los hechos concernientes al estado civil de las personas y aquellos otras que determina la ley”, entre los que se encuentran el nacimiento y la filiación.

La ley establecía el acceso al Registro de todos los hechos inscribibles que afectasen a españoles, tanto si sucedían dentro como fuera de España, así como los hechos relativos a extranjeros que acaecieran en territorio español, siendo competentes los respectivos Registros municipales o consulares en cuyo territorio tuviese lugar el hecho de que se trate. Los encargados del Registro debían velar por la concordancia entre el Registro y la realidad.

Con respecto a la inscripción del nacimiento, el artículo 16 LRC1957 establecía que el hecho debía inscribirse en “en el Registro municipal o consular del lugar en que acaecen”⁹²², o bien, si la inscripción se hubiese solicitado dentro del plazo establecido legalmente, en el Registro municipal del domicilio del progenitor o progenitores, presentándose a dichos efectos el documento acreditativo de dicho domicilio.

Si el hecho hubiese tenido lugar en el extranjero, el Registro Civil consular que hubiere efectuado la inscripción debía notificarla al Registro Civil central y, posteriormente, podía solicitarse a petición del interesado el traslado de la inscripción principal junto con sus asientos marginales al Registro Civil del domicilio del nacido o de sus representantes legales. Asimismo, en el caso de la adopción internacional, el o los adoptantes de común acuerdo, podían

⁹²² Dicha regla general se complementa con la regla auxiliar del art. 68.2 RRC, que ofrece la posibilidad, para el caso de que los promotores estén domiciliados en España, de que éstos puedan instar la inscripción del hecho en el Registro Civil central español y, posteriormente, se dé traslado al Registro Civil consular español del lugar donde ocurrió el hecho relevante para el estado civil, facilitando con ello el acceso de los hechos al Registro Civil en los mencionados supuestos. CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZALEZ, J., *Derecho Internacional Privado*, Vol. II, 16ª edición. Comares. Granada, 2016. Pág. 102.

solicitar que en la nueva inscripción constase su domicilio en España como lugar de nacimiento del adoptado.

Debían promover la inscripción las personas que tuvieran conocimiento cierto del hecho, como regla general una vez transcurridas veinticuatro horas⁹²³ y antes de los ocho días siguientes al alumbramiento⁹²⁴. Dicho plazo mínimo se debía a la antigua redacción del artículo 30 del Código Civil, en base al cual “para los efectos civiles, sólo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno”⁹²⁵.

Conforme al artículo 23 LRC1957, se preveían tres formas para poder efectuar la inscripción: a) por la mera declaración en aquellos supuestos señalados en la ley y en el modo establecido por ésta; b) en virtud de documento auténtico; o c) por certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros, siempre que no hubiese duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española.

⁹²³ También podía levantarse acta del nacimiento antes de dichas 24 horas en caso de viaje o ante otras circunstancias que impidiesen la demora pero, en dicho caso, se debía demostrar posteriormente la supervivencia del nacido a dicho plazo para poder practicar la inscripción.

⁹²⁴ Pudiendo efectuar la inscripción por declaración hasta los treinta días posteriores al nacimiento, si se acreditara justa causa para ello conforme al art. 166 RRC.

⁹²⁵ Con la intención de ajustar nuestra legislación a lo dispuesto en la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 (art. 7.I), así como al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966 (art. 24.II), ambos vigentes en España, que disponen que todo niño “será inscrito inmediatamente después de su nacimiento”, se ha introducido una modificación de la redacción del art. 30 CC, operada por la disposición final 3ª de la Ley 20/2011, con la que se abandonan los requisitos legales que imponía dicho artículo en su redacción originaria de 1889. Los “efectos civiles” que mencionaba el art. 30 en su redacción inicial, según la doctrina, sólo afectaban a la capacidad para ser sujeto de derechos y obligaciones de carácter patrimonial, pero no a efectos distintos como, por ejemplo, la titularidad de derechos fundamentales o de la personalidad, como el derecho a la vida, la integridad física o el honor, entre otros, o con respecto a la protección penal del recién nacido, ya que se le reconocía personalidad desde el mismo momento de su nacimiento, sin requerirse el hecho de que sobreviviera veinticuatro horas tras el alumbramiento. El propósito principal de la antigua redacción de dicho precepto, parecía responder a la voluntad del legislador de que un nacido cuya existencia no hubiera tenido una mínima entidad, no fuera capaz de provocar “un posible cambio injustificado y poco racional en el curso de una sucesión *mortis causa*”. En GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., “Artículo 30”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), *Comentarios al Código Civil*. Tomo I (Arts. 1 a 151). Tirant lo Blanch. Valencia, 2013. Pág. 518-521. Y, también, tal y como se desprende de HUALDE SÁNCHEZ, J.J., “La personalidad”, en PUIG I FERRIOL, L. et al., *Manual de Derecho civil*, Tomo I. Marcial Pons. Madrid, 1997. Pág. 114. O de LACRUZ BERDEJO, J.L. et al., *Elementos de Derecho civil*, Tomo I (Parte General). Vol. 2º (Personas), 6ª edición-revisada y puesta al día por J. RAMS-Dykinson. Madrid, 2010. Pág. 11-12.

Con respecto a la inscripción por declaración, los obligados legalmente a formularla eran, conforme al artículo 43, el padre, la madre, el pariente más próximo⁹²⁶ o una persona mayor de edad presente en el lugar del nacimiento, el responsable del lugar en que se haya producido el alumbramiento o la persona que hubiese recogido a un recién nacido abandonado⁹²⁷. Asimismo, se establecía la obligación del médico, comadrona o ayudante técnico que hubiera asistido al nacimiento de que remitiesen inmediatamente tras el alumbramiento un parte escrito en el que constara dirigido al encargado del Registro Civil correspondiente.

La exposición de motivos de la ley mencionaba, en relación con la posible inscripción de los nacimientos por la simple declaración de personas distintas a la madre, que no siempre la inscripción de la filiación se producía de modo correcto, ya que “ignoraban muchas madres que sus hijos..., no constaban legalmente como tales hijos suyos, con las graves e injustas consecuencias que ello traía, sobre todo cuando, por obstáculos sobrevenidos, el reconocimiento voluntario se hacía imposible” y también se hacía constar que, no obstante, “estadísticamente, las declaraciones de terceros, en virtud de las cuales se extiende la inscripción de nacimiento, son exactas en la generalidad de los casos”, por lo que se reconoce, que en algunos pueden no serlo. Estas manifestaciones se efectuaban en relación con la intención del legislador de facilitar la correcta constancia en el Registro de la filiación natural y evitar “falsas atribuciones de filiación”, para lo que la ley permite el reconocimiento por la simple declaración, en cualquier tiempo, ante el encargado del Registro, siempre que además concorra el consentimiento del hijo o se disponga de autorización judicial.

Con ello, se demuestra también que no siempre se cumplen en el Registro Civil con las garantías necesarias que lleven a comprobar la verdadera identidad de la mujer que ha dado a luz, si no tan solo “la capacidad e identidad del declarante” (art. 27), pudiendo dar cabida con ello a

⁹²⁶ Estando obligados a declarar los parientes más próximos hasta el cuarto grado de consanguinidad y el segundo por afinidad (art. 166 RRC).

⁹²⁷ Y también, conforme al art. 24 de la Ley de 1957, las personas a quienes se refiere el hecho inscribible, o sus herederos, y el Ministerio Fiscal.

inscripciones de nacimientos derivados de acuerdos de gestación subrogada que se hubieran llevado a cabo en nuestro país, en las que el padre intencional⁹²⁸ acudiese al Registro para efectuar la inscripción del nacido como hijo propio y de su esposa, siempre que hubiese logrado un parte médico en el que figurase ésta como la mujer que hubiese alumbrado al niño, lo que sólo sería posible en el caso de que, entre los progenitores intencionales hubiese una mujer que pudiese asumir haber llevado a cabo la gestación, pero ello con todos los riesgos que implicaría llevar a cabo un proceso de este tipo en nuestro país, ya que podría acarrear consecuencias penales, así como problemas derivados de no poder obligarse las partes entre sí a cumplir con sus respectivas obligaciones derivadas del acuerdo.

Además, el artículo 167 LRC1957 establecía que el parte médico del nacimiento debía contener los datos personales del profesional que lo suscribía, el sexo del nacido y la fecha, hora y lugar del alumbramiento, así como “menciones de identidad de la madre, indicando si es conocida de ciencia, propia o acreditada, y en este supuesto, documentos oficiales examinados o menciones de identidad de persona que afirme los datos, la cual, con la madre, firmará el parte, salvo si esta no puede o se opone, circunstancia que también se hará constar”, pero no exigiéndose la presentación de un documento identificativo que permitiese comprobar fehacientemente la identidad de la mujer que hubiera dado a luz, con los riesgos que ello supone en el sentido apuntado anteriormente.

Con respecto a los documentos auténticos judiciales, administrativos o notariales, el artículo 81 del Reglamento del Registro Civil de 1958 establece que se aceptan tanto originales como testimonios y que se consideran título suficiente para inscribir el hecho de que dan fe. También considera título suficiente dicho artículo “el documento auténtico extranjero, con fuerza en España con arreglo a las leyes o a los tratados internacionales”, debiendo obtener previamente el *exequátur* con respecto a las sentencias o resoluciones

⁹²⁸ El padre intencional en el caso de matrimonios heterosexuales, o bien la esposa de la supuesta mujer que hubiera dado a luz, o un pariente próximo de la mujer que accede a la maternidad de forma individual.

extranjerías que no gocen de fuerza en España para poder proceder a la inscripción del hecho que constituyeren o declararen.

Finalmente, con respecto a la tercera opción contemplada en el artículo 23 LRC1957, es decir, la posibilidad de practicar inscripciones sin expediente en virtud de certificación de Registro extranjero, el artículo 85 del Reglamento establece la necesidad de que éste fuera “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”, debiendo completar por los medios legales oportunos los datos y circunstancias que no se pudieran obtener de la certificación o parte extranjero.

En cuanto a la inscripción de sentencias y resoluciones, disponía el artículo 27 que el encargado del Registro Civil debía limitarse “a la competencia y clase de procedimiento seguido, formalidades extrínsecas de los documentos presentados y asientos del propio Registro”. El juez competente para ejecutar las sentencias y resoluciones firmes sujetas a inscripción, debía promover ésta mediante la remisión del correspondiente testimonio al encargado del Registro.

El encargado del Registro podía solicitar de los documentos extranjeros cuyo contenido no le contare, su traducción al castellano o a la lengua oficial de la respectiva Comunidad Autónoma efectuada por notario, cónsul, traductor o funcionario competente, así como la preceptiva legalización o apostilla de La Haya, en su caso⁹²⁹.

Tal y como resultaba del artículo 41 LRC1957, “la inscripción hace fe del hecho, fecha, hora y lugar del nacimiento, del sexo y, en su caso, de la filiación del inscrito”, constituyendo prueba de los hechos inscritos que solo puede discutirse a través de los procedimientos judiciales prevenidos en la ley a dichos efectos.

⁹²⁹ No se consideraba necesaria si al funcionario le constaba directamente la autenticidad del documento, o si le había llegado por vía oficial o por diligencia bastante.

La filiación⁹³⁰, es otro de los extremos objeto de inscripción en el Registro Civil, tal y como establecía el artículo 1.2 LRC1957, puesto que supone una cualidad relativa al estado civil de las personas⁹³¹ y, al mismo tiempo, aporta una circunstancia personal individualizadora de interés que permite la identificación jurídica de la persona a quien se refiere el hecho inscribible⁹³².

La generalización de las técnicas de reproducción asistida en los últimos tiempos, supone una incidencia directa en el régimen jurídico interno español en materia de filiación, adquiriendo una especial trascendencia y complejidad cuando se proyecta en el modelo español de Derecho internacional privado⁹³³.

La filiación materna debía hacerse constar en la inscripción de nacimiento, siempre que coincidiese la declaración efectuada y el parte médico o la comprobación reglamentaria. Si no constare el matrimonio de la madre ni ésta hubiese reconocido la filiación, el encargado del Registro Civil deberá notificar, a ésta o a sus herederos, el asiento a la mayor brevedad posible, pudiendo suprimirse el asiento en virtud de sentencia o por desconocimiento de quien figura como madre.

Tanto la filiación materna como la paterna, que son las que además determinan los apellidos del menor, debían hacerse constar al margen de la inscripción de nacimiento, junto con los datos relativos a la inscripción del matrimonio de los padres, en su caso, o al reconocimiento efectuado por éstos, estando previsto que no pudieran efectuarse distinciones fuera de la familia por la clase de filiación⁹³⁴.

⁹³⁰ Conforme a los arts. 55 LRC1957 y 49 LRC2011, la filiación también servirá para determinar los apellidos que corresponderán al nacido.

⁹³¹ Refiriéndose el contenido propio de la relación de filiación, principalmente, a la atribución de apellidos, patria potestad, obligación de alimentos y los derechos sucesorios. En LEONSEGUI GUILLOT, R.A., "Problemas jurídicos planteados...", cit., pág. 250.

⁹³² PERÉ RALUY, J. "La filiación y el Registro Civil", *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 9, Núm. III. Ministerio de Justicia. Madrid, 1956. Pág. 877.

⁹³³ ESPLUGUES MOTA, C., "Filiación", en ESPLUGUES MOTA, C. e IGLESIAS BUHIGUES, J.L., *Derecho internacional privado*, 3ª edición. Tirant lo Blanch. Valencia, 2009. Pág. 310.

⁹³⁴ Dado que el art. 51 LRC1957, preveía en relación con la filiación 'ilegítima' o desconocida, que tan solo pudieran librarse certificaciones en la que dicho dato constara a las personas a

También preveía la ley la posibilidad de efectuar un reconocimiento posterior de la filiación, con arreglo al procedimiento establecido en el Código Civil, o por declaración del padre o de la madre realizada a dichos efectos ante el encargado del Registro Civil en cualquier tiempo, en cuyo caso debía concurrir también, o bien consentimiento del hijo, o bien aprobación judicial.

La filiación natural podía inscribirse mediante expediente gubernativo aprobado por el juez de primera instancia, ante la presencia de alguna de las siguientes circunstancias: a) ante el escrito indubitado del padre o de la madre que reconociesen la filiación; b) si el hijo estuviera en posesión continua del estado de hijo natural de su padre o de su madre; y c) siempre que se pruebe el hecho del parto de la madre y la identidad del hijo. Si se formulase oposición por parte del Ministerio Fiscal o de la parte interesada, habría que acudir al procedimiento ordinario.

Por lo que respecta a las leyes civiles en materia de filiación, se hallan contenidas en los artículos 9.4 y 9.5 del Código Civil, dentro de su capítulo IV relativo a las normas de Derecho internacional privado, y en los artículos 108 y siguientes de dicho texto legal, que distinguen entre la filiación por naturaleza y por adopción, así como entre la matrimonial y la no matrimonial.

El artículo 9.4 del Código Civil relativo a la filiación por naturaleza, precisa que la legislación que permitirá su determinación y su carácter, será la correspondiente a la residencia habitual del hijo en el momento del establecimiento de la filiación y que, a falta de residencia habitual del mismo, o si dicha ley no permitiera establecer la filiación del mismo, deberá ser aplicada la ley nacional del niño en dicho momento y, en defecto de ambas, será de aplicación la Ley sustantiva española.

En materia de adopción internacional, el artículo 9.5 del Código Civil se remite, a su vez, a las normas contenidas en la Ley de Adopción internacional.

quienes directamente afectara o a aquellos que justificaran un interés especial y dispusieran de autorización expedida por un juez de primera instancia.

El contenido de la filiación, así como de la responsabilidad parental, la ley aplicable vendrá determinada por lo dispuesto a dichos efectos en el Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños⁹³⁵, aprobado en La Haya el 19 de octubre de 1996, y ratificado por España mediante instrumento de 18 de noviembre de 2010⁹³⁶.

En cuanto a la Ley 14/2006, como especialidades a efectos de filiación, establece que la inscripción del Registro Civil no podrá contener datos de los que se pueda inferir el carácter de la generación de los hijos nacidos a través de técnicas de reproducción asistida. Permite directamente la inscripción de la filiación del nacido a favor de dos mujeres casadas, cuando la esposa de la gestante consienta expresamente que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge. Establece normas relativas a aquel supuesto en que se produzca la premoriencia del marido de la gestante, antes de que tenga lugar el nacimiento del niño del que se encuentra encinta (art. 9 LTRHA). Y, por último, establece la nulidad de los acuerdos de gestación por sustitución, viniendo determinada por el parto la filiación de los nacidos a través de dicha técnica y quedando a salvo una posible acción de reclamación de paternidad respecto del padre biológico, tal y como resulta del estudiado artículo 10 de la Ley.

Las normas relativas a la determinación de la filiación en materia registral figuraban en los artículos 42 a 52 de la antigua LRC1957, y en los artículos 181 y siguientes de su Reglamento. A dichos efectos, la inscripción de nacimiento dentro de plazo promovida por declaración del padre del nacido, podía expresar la filiación materna de la persona con la que hubiese tenido el

⁹³⁵ Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996, relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños. Disponible en: <<https://assets.hcch.net/docs/6e1076a3-dc61-4c28-a045-0f10f223118a.pdf>>. Última consulta: 03/01/2017.

⁹³⁶ Instrumento de Ratificación del Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996. «BOE» núm. 291, de 2 de diciembre de 2010. Última consulta: 03/01/2017

hijo, siempre que dicha identidad figurase en el parte médico aportado o que resultase de la comprobación realizada a dichos efectos, debiéndose hacer constar en la propia inscripción, y en su defecto, por nota al margen, los datos relativos al matrimonio de los padres o, al menos, que éste tuvo lugar.

Con respecto al padre, los artículos 116 y siguientes del Código Civil establecen la presunción de paternidad a favor del marido con respecto a los hijos nacidos “después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges”. No obstante, conforme al artículo 117 del citado Código, si el hijo naciera dentro de los ciento días siguientes a la celebración del matrimonio, cabe la posibilidad de destruir dicha presunción mediante declaración auténtica formulada en contrario por el esposo efectuada dentro de los seis meses posteriores al conocimiento del parto, con las excepciones prevenidas al respecto en el mencionado artículo.

En cuanto a la filiación no matrimonial, la materna quedaba determinada desde el momento en que se acreditase haber dado a luz al hijo, así como la identidad de éste, y con respecto a la paterna, el artículo 185 del Reglamento dispone que, si la madre estuviera casada, sólo se podrá proceder a la inscripción de la filiación paterna a favor de persona distinta del esposo, si se comprueba antes de efectuar dicha inscripción, que no rige la presunción legal de la paternidad de éste.

El padre podrá prestar la declaración de reconocimiento ante el encargado del Registro Civil en el momento de promover la inscripción del nacimiento, o bien mediante testamento u otro documento público⁹³⁷, por resolución recaída en expediente gubernativo tramitado con arreglo a la legislación del Registro Civil o por sentencia firme.

⁹³⁷ En base al art. 186 RRC, los documentos públicos reconocidos como aptos mediante los cuales el padre podrá efectuar el reconocimiento de la filiación son: escritura pública, acta civil de la celebración del matrimonio de los padres, expediente de inscripción de nacimiento fuera de plazo, capitulaciones matrimoniales o acto de conciliación.

Una vez efectuadas las declaraciones o presentados los documentos oportunos para efectuar la inscripción, el encargado del Registro estaba obligado a extender los asientos inmediatamente, o bien a dictar resolución razonada denegándolos, tras haber realizado las comprobaciones oportunas en el plazo máximo de diez días si tuviera dudas fundadas sobre la exactitud de las declaraciones. El artículo 29 de la antigua LRC1957, preveía la posibilidad de instar recurso en vía gubernativa en el plazo de treinta días contra las decisiones del encargado, ante el juez de primera instancia competente, con apelación en igual tiempo ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, sin que sea posible realizar posteriormente ningún otro recurso, salvo la posibilidad de recurrir a vía judicial ordinaria.

En caso de iniciarse el procedimiento judicial o gubernativo derivado de una negativa a la inscripción, cualquier interesado o también el Ministerio Fiscal, podían solicitar que se efectuase una anotación del hecho en el Registro con valor meramente informativo que en ningún caso constituye prueba, con expresión de sus circunstancias. También podía solicitarse dicha anotación en caso de que no resultare acreditado el hecho legalmente en alguno de sus extremos, los hechos relativos a españoles que afectasen al estado civil conforme a la legislación extranjera y las sentencias o resoluciones extranjeras sobre hechos inscribibles que pudieran afectar al estado civil, hasta que no se obtuviese el *exequátur*.

Si la gestación subrogada se llevase a cabo en nuestro país, lo cual no puede ser en absoluto descartable tal y como ya hemos comentado, si bien el contrato está sancionado con la nulidad de pleno derecho y no producirá efectos entre quienes lo hubieran contraído, ello no impide su celebración y será necesario resolver el problema de la determinación de la filiación del niño nacido, que es una realidad y a quien no puede calificársele de nulo⁹³⁸.

Actualmente, las normas que permiten determinar dicha filiación se encuentran en la LTRHA, que establece, con respecto a la madre, que será en

⁹³⁸ GONZÁLES PÉREZ DE CASTRO, M., *La verdad biológica...*, cit., pág. 350-353.

todo caso la gestante, independientemente de que exista o no vinculación genética con el nacido.

En cuanto a la filiación paterna, si dicha gestante estuviera casada, la paternidad del niño se atribuiría a su esposo por aplicación de las presunciones civiles que rigen en materia de filiación, pero éste podría impugnar su paternidad y, a su vez, el comitente-padre biológico podría reclamarla en base a la posibilidad que le concede el artículo 10.3 de la Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida⁹³⁹.

Si, por el contrario, la gestante no se encontrara casada, la cuestión se simplifica, ya que el padre intencional podría efectuar directamente la declaración ante el encargado del Registro Civil por la que reconociera la filiación de su hijo, al que, posteriormente, podría proceder a adoptar su cónyuge en el caso de que la gestante renunciara a su maternidad⁹⁴⁰.

Dicha adopción no debería estar permitida, según JIMÉNEZ MUÑOZ⁹⁴¹, por suponer un fraude de ley, ya que gracias a ella se lograrían los efectos perseguidos con el contrato nulo, es decir, se estaría empleando una norma de cobertura que permitiría alcanzar los fines prohibidos en la ley defraudada. No obstante, también reconoce la dificultad que supondría detectar dicho fraude en la práctica en el caso de que la atribución de la paternidad se hubiese efectuado *ab initio*, ya que el juez que conozca del procedimiento de adopción es poco probable que indague sobre cuál es el origen del niño y si ha mediado o no un contrato de gestación subrogada para su concepción.

Sin embargo, otra gran parte de la doctrina⁹⁴² considera plenamente admisible que en la práctica se pudiera recurrir a la adopción del niño por parte

⁹³⁹ ROCA TRIAS, E., "Filiación asistida y protección de derechos fundamentales". *DS: Derecho y salud*, Vol. 7, Núm. 1 (on-line). Asociación juristas de la salud. Valencia, 1999. Pág. 9. Disponible en: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2891991.pdf>>. Última consulta: 01/04/2017.

⁹⁴⁰ Como JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J., *La reproducción asistida y...*, cit., pág. 117; o LÓPEZ PELÁEZ, P., "Aproximación jurídica al acuerdo...", cit., pág. 670-671.

⁹⁴¹ JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J., *La reproducción asistida y...*, cit., pág. 119.

⁹⁴² Entre otros, en SALVADOR IDRACH, V., "Gestación por sustitución: inadmisión en la Ley 35/1988, de 22 de noviembre", *Revista General de Derecho*, Núm. 632. Editorial Lex. Valencia,

de la esposa del padre intencional a quien se hubiera atribuido la filiación, una vez efectuada la renuncia por parte de la mujer que hubiera llevado a cabo la gestación.

No parece probable que pudiera prosperar una acción de impugnación de la filiación materna efectuada por la madre intencional y/o por el hijo, puesto que la atribución legal de la maternidad a favor de la mujer que da a luz, no puede desplazarse por la mera voluntad de las partes, ya que se trata de una norma imperativa y de orden público⁹⁴³.

Pese a existir una vía para que los progenitores intencionales pudieran acceder a su paternidad legal del o los niños nacidos, considerar la posibilidad de suscribir un acuerdo de gestación por sustitución en España resultaría, cuanto menos arriesgado, puesto que al no reconocérsele efectos jurídicos en base a la sanción de la nulidad de pleno derecho que afecta a dichos contratos, en caso de que alguna de las partes se echara atrás a la hora de cumplir lo pactado, no habría ninguna posibilidad legal de obligarle al cumplimiento.

Por ello, si la gestante se negara a entregar al niño, los comitentes no podrían compelerle a ello, ni tampoco exigirle las cantidades que le hubieran entregado hasta dicho momento. Y, por otra parte, si fueran los comitentes quienes se arrepintieran en un último momento y no desearan recibir y hacerse cargo del niño, o rehusaran entregar las prestaciones a la gestante a que se hubieran comprometido, ésta tampoco podrá acudir a los órganos jurisdiccionales competentes para hacer valer sus derechos.

8.2. La actual Ley 20/2011, de 21 de julio⁹⁴⁴, del Registro Civil.

1997. Pág. 5199-5201; FERRER VANRELL, M.P., "Artículo 10. Gestación por sustitución...", cit., pág. 166.; LLEDÓ YAGÜE, F., "Reflexiones personales en torno a la fecundación post mortem y la maternidad subrogada: el examen de algunos supuestos de la práctica jurídica", en DÍAZ MARTÍNEZ, A. (Coord.), *Régimen jurídico-privado de la reproducción asistida en España: el proceso legal de reformas*. Dykinson. Madrid, 2006. Pág. 174-176; o LASARTE ÁLVAREZ, C., *Derecho de familia*, Tomo VI de los principios de Derecho civil, 9ª edición. Marcial Pons. Madrid, 2010. Pág. 324.

⁹⁴³ GONZÁLES PÉREZ DE CASTRO, M., *La verdad biológica...*, cit., pág. 350-353.

⁹⁴⁴ Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. «BOE» núm. 175, de 22 de julio de 2011.

Tal y como resulta de la Exposición de Motivos de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, la importancia de este Registro demandaba la adopción de un nuevo modelo que se ajustase, tanto a los valores consagrados en la Constitución, como a las necesidades actuales de la sociedad española. Con ello, se abandona la técnica de sucesivas y parciales reformas⁹⁴⁵ que se habían venido produciendo a lo largo de la prolongada vigencia de la anterior Ley del Registro Civil de 1957⁹⁴⁶.

La profunda reforma legislativa abarca, no sólo a la institución registral como tal, sino que también supone una incorporación coherente de las reformas legales operadas en los ámbitos del derecho de la persona y de la familia⁹⁴⁷.

Con la completa entrada en vigor de la Ley, prevista para el 30 de junio de 2017, el Registro Civil pasará a configurarse como un Registro público de personas⁹⁴⁸, con misión de constatar oficialmente todos los hechos y actos inscribibles relativos a su identidad, circunstancias determinantes del comienzo y fin de su personalidad, así como las que originan cambios en su estado civil, entre las que se encuentran el nacimiento, la filiación, nombre y apellidos, sexo, nacionalidad y la vecindad civil⁹⁴⁹.

⁹⁴⁵ Como las operadas por la Ley 40/1999, de 5 de noviembre, sobre nombre y apellidos y orden de los mismos («BOE» núm. 266, de 6 de noviembre de 1999), la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género («BOE» núm. 313, de 29 de diciembre de 2004), la Ley 12/2005, de 22 de junio, por la que se modifica el artículo 23 de la Ley de 8 de junio de 1957, del Registro Civil («BOE» núm. 149, de 23 de junio de 2005), o la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio («BOE» núm. 157, de 2 de julio de 2005), entre otras.

⁹⁴⁶ MARTÍN MORATO, M., “El nuevo Registro Civil. Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil”. *Revista Jurídica de Castilla y León*. Núm. 30. Junta de Castilla y León. Valladolid, 2013. Pág. 12.

⁹⁴⁷ *Ibíd.*, pág. 12.

⁹⁴⁸ Y no ya de hechos, lo que supone la consiguiente eliminación del sistema previo de división en Secciones (nacimientos, matrimonios, defunciones, tutelas y representaciones legales). GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., “Artículo 30...”, *cit.*, pág. 521.

⁹⁴⁹ Conforme al art. 4 LRC2011, son hechos y actos inscribibles: “1.º El nacimiento; 2.º La filiación; 3.º El nombre y los apellidos y sus cambios; 4.º El sexo y el cambio de sexo; 5.º La nacionalidad y la vecindad civil; 6.º La emancipación y el beneficio de la mayor edad; 7.º El matrimonio. La separación, nulidad y divorcio; 8.º El régimen económico matrimonial legal o pactado; 9.º Las relaciones paterno-filiales y sus modificaciones; 10.º La modificación judicial de la capacidad de las personas, así como la que derive de la declaración de concurso de las personas físicas; 11.º La tutela, la curatela y demás representaciones legales y sus modificaciones; 12.º Los actos relativos a la constitución y régimen del patrimonio protegido de

Para ello, con el registro individual que se abrirá a cada persona al nacer o con el primer asiento que se practique, se le asignará un “código personal”⁹⁵⁰, inscribiéndose o anotándose a continuación las restantes circunstancias de su posterior trayectoria vital, tanto si ocurren dentro como fuera de España⁹⁵¹, reflejando de forma cronológica, sucesiva y continuada, todos los hechos o actos inscribibles que tengan acceso al Registro, tanto los correspondientes a ciudadanos españoles, como a los extranjeros si tuvieran lugar dentro de nuestro territorio, superándose, con ello, la configuración tradicional en que lo relevante eran los hechos objeto de inscripción en los diferentes libros y secciones del Registro⁹⁵².

Gracias a este sistema, se podrá solicitar y practicar la inscripción de los hechos o actos inscribibles en cualquiera de las Oficinas Generales del Registro Civil, independientemente del lugar en que se produzcan. Ello rompe con el anterior criterio de territorialidad consagrado en la Ley sobre el Registro Civil de 1957, en base al cual los nacimientos, matrimonios y defunciones debían inscribirse en el Registro municipal o consular del lugar en que tuviesen lugar, por lo que los asientos correspondientes a una misma persona, podían hallarse disgregados en diversos Registros⁹⁵³.

Para inscribir un hecho o acto en el Registro Civil, bastará con presentar un documento auténtico judicial, administrativo, notarial o registral, ya sea original como testimonio, y en cualquier tipo de soporte, incluido el electrónico. No obstante, en base al principio de legalidad⁹⁵⁴ que rige su funcionamiento, el

las personas con discapacidad; 13.º La autotutela y los apoderamientos preventivos; 14.º Las declaraciones de ausencia y fallecimiento; 15.º La defunción.”.

⁹⁵⁰ Conforme a los arts. 11.a) y b) LRC2011, se reconoce expresamente el derecho de toda persona a un nombre y a ser inscrito en el Registro Civil mediante la apertura de un registro individual y la asignación de un “código personal”, así como su derecho a la inscripción de cualquier hecho o acto inscribible que se refiera a su identidad, estado civil, o cualesquiera otras circunstancias que la Ley prevea

⁹⁵¹ También serán objeto de inscripción en el Registro Civil “los hechos y actos que hayan tenido lugar fuera de España, cuando las correspondientes inscripciones sean exigidas por el Derecho español” (art. 9 LRC2011).

⁹⁵² MARTÍN MORATO, M., “El nuevo Registro Civil...”, cit., pág. 24.

⁹⁵³ *Ibid.*, pág. 24-31.

⁹⁵⁴ En caso de que el mencionado encargado de la oficina del Registro albergara dudas fundadas sobre la legalidad del documento, o sobre la veracidad o exactitud de los hechos y/o declaraciones realizadas, deberá proceder a efectuar las correspondientes comprobaciones y,

encargado de la oficina del Registro Civil deberá controlar de oficio “la realidad y legalidad de los hechos y actos cuya inscripción se pretende, según resulta de los documentos que los acrediten y certifiquen, examinando en todo caso la legalidad y exactitud de dichos documentos” (art. 13 LRC2011). Por tanto, el control de legalidad se extiende tanto a las formas extrínsecas del documento presentado, como a la realidad y validez de los hechos y actos que contiene.

Se constituye como un Registro único⁹⁵⁵ para toda España (art. 3 LRC2011), electrónico⁹⁵⁶ e informatizado⁹⁵⁷, de acceso directo y no rogado, así como “desjudicializado”⁹⁵⁸, tal y como se desprende de la Ley Orgánica 8/2011, de 21 de julio⁹⁵⁹, complementaria de la Ley del Registro Civil.

Dependerá del Ministerio de Justicia y la Dirección General de los Registros y del Notariado tendrá encomendados todos sus asuntos en su calidad de centro directivo y consultivo. Dicha Dirección General también será la encargada de resolver los recursos y expedientes de su competencia que se planteen, así como atender las consultas sobre la interpretación y ejecución de la legislación existente en materia de Registro Civil.

A dichos efectos, los encargados del Registro Civil deberán cumplir todas las órdenes, instrucciones, resoluciones y circulares dictadas, tanto por el

tras un plazo de diez días, procederá a la inscripción del hecho, o bien pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal la contradicción esencial detectada, advirtiéndolo a los interesados.

⁹⁵⁵ Y no ya de diferentes oficinas que, en la práctica, venían funcionando por diferentes causas de forma aislada y autónoma. En MARTÍN MORATO, M., “El nuevo Registro Civil...”, cit., pág. 11.

⁹⁵⁶ Su carácter electrónico no supone alterar la garantía de privacidad de los datos contenidos en el Registro, prestándose una especial protección a datos que pudieran contener información que afecte a la esfera de la intimidad de la persona. Conforme al art. 83, gozarán de publicidad restringida la filiación adoptiva y la desconocida, la rectificación del sexo, el matrimonio secreto o las causas de privación o suspensión de la patria potestad, entre otros, teniendo acceso a los mismos, o pudiendo autorizarlo a terceras personas, tan sólo el inscrito o sus representantes legales. *Ibíd.*, pág. 18.

⁹⁵⁷ El nuevo sistema sustituye el modelo tradicional, reduciendo las cargas administrativas para el ciudadano gracias a la simplificación de trámites, y facilitando su acceso a través de vías alternativas que convierten en excepcional la necesidad de comparecer personalmente ante las Oficinas del Registro Civil. *Ibíd.*, pág. 19.

⁹⁵⁸ GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., “Artículo 30...”, cit., pág. 521.

⁹⁵⁹ Ley Orgánica 8/2011, de 21 de julio, complementaria de la Ley del Registro Civil, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. «BOE» núm. 175, de 22 de julio de 2011.

Ministerio de Justicia, como por la Dirección General de los Registros y del Notariado, que tendrán el carácter de vinculantes (art. 26 LRC2011).

El Registro Civil se estructurará en: una Oficina Central⁹⁶⁰, que sustituye al actual Registro Civil central; al menos una Oficina General en cada Comunidad Autónoma o ciudad con Estatuto de Autonomía⁹⁶¹, que vienen a sustituir a los Registros Civiles municipales, desapareciendo los Registros Civiles delegados (Juzgados de Paz)⁹⁶²; y Oficinas consulares en el extranjero, que sustituyen a los Registros Civiles consulares, a cuyo cargo se encontrarán los cónsules o, en su caso, funcionarios diplomáticos españoles. A éstas últimas corresponderá, entre otras, la inscripción de “los hechos y actos relativos a españoles acaecidos en su circunscripción consular, así como los documentos extranjeros judiciales y no judiciales y certificaciones de Registros Civiles extranjeros que sirvan de título para practicar la inscripción” (art. 24 LRC), expidiendo posteriormente las certificaciones de los asientos registrales practicados a dichos efectos.

El capítulo primero del título VI de la Ley 20/2011, regula los aspectos relativos al hecho inscribible del nacimiento. La inscripción dará fe del hecho,

⁹⁶⁰ La Oficina Central del Registro Civil, además de ser la autoridad encargada en materia de cooperación internacional sobre Registro Civil, tiene encomendadas, según el art. 21 LRC2011, las funciones siguientes: “1.ª Practicar las inscripciones que se deriven de resoluciones dictadas por la Dirección General de los Registros y del Notariado, referidas a hechos o actos susceptibles de inscripción en el Registro Civil. 2.ª Practicar la inscripción de los documentos auténticos extranjeros judiciales y extrajudiciales y certificaciones de asientos extendidos en Registros extranjeros. 3.ª Practicar la inscripción de fallecimiento de las personas de nacionalidad extranjera al servicio de las Fuerzas Armadas y de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, siempre que dicho fallecimiento hubiera ocurrido durante una misión u operación fuera de España y que el sistema registral del Estado donde se produjo el hecho no practicare la pertinente inscripción. Lo anterior será sin perjuicio de trasladar la inscripción realizada al Registro del Estado del cual fuere nacional la persona fallecida. 4.ª También desempeñará todas aquellas funciones que le sean atribuidas por las leyes.”

⁹⁶¹ Las Oficinas Generales del Registro Civil son las encargadas de, entre otros, practicar las inscripciones y asientos objeto de su competencia en base a las solicitudes, formularios u otros documentos presentados a dichos efectos y que sirvan de título para practicar un asiento en el Registro Civil. Tal y como se ha indicado, existirá una Oficina General por cada Comunidad o Ciudad Autónoma, y otra más por cada 500.000 habitantes, permitiéndose algunas excepciones en atención a la población o al territorio en el art. 22 LRC2011.

⁹⁶² MARTÍN MORATO, M., “El nuevo Registro Civil...”, cit., pág. 17.

fecha, hora y lugar del nacimiento, identidad, sexo y, en su caso, filiación del inscrito⁹⁶³.

A dichos efectos, en base a lo dispuesto en el artículo 44.1 de la nueva Ley del Registro Civil, serán inscribibles “los nacimientos de las personas, conforme a lo previsto en el artículo 30⁹⁶⁴ del Código Civil”. Es decir, tras el nacimiento con vida⁹⁶⁵ y una vez producido el entero desprendimiento del seno materno⁹⁶⁶. Por tanto, hoy en día cabe proceder inmediatamente⁹⁶⁷ a la inscripción del nacido desde el mismo momento de su nacimiento con vida,

⁹⁶³ La inscripción registral del nacimiento no supone un requisito necesario para la adquisición de la personalidad por el nacido, pero es importante a efectos de preconstituir prueba oficial de la misma y verdad oficial sobre la existencia de la persona. La no inscripción no privará de personalidad a quien la hubiera adquirido conforme a los arts. 29 y 30 CC, ni tampoco la otorgará a quien careciera de la misma. En GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., “Artículo 30...”, cit., pág. 527-528.

⁹⁶⁴ Con la intención de ajustar nuestra legislación a lo dispuesto en la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 (art. 7.I), así como al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966 (art. 24.II), ambos vigentes en España, que disponen que todo niño “será inscrito inmediatamente después de su nacimiento”, con la modificación de la redacción del art. 30 CC, operada por la disposición final tercera de la Ley 20/2011, se abandonan los requisitos legales que imponía dicho artículo en su redacción originaria de 1889, que establecía que “para los efectos civiles, sólo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno”. Dichos “efectos civiles”, según la doctrina, sólo afectaban a la capacidad para ser sujeto de derechos y obligaciones de carácter patrimonial, pero no a efectos distintos como, por ejemplo, la titularidad de derechos fundamentales o de la personalidad, como el derecho a la vida, la integridad física o el honor, entre otros, o con respecto a la protección penal del recién nacido, ya que se le reconocía personalidad desde el mismo momento de su nacimiento, sin requerirse el hecho de que sobreviviera veinticuatro horas tras el alumbramiento. El propósito principal de la antigua redacción de dicho precepto, parecía responder a la voluntad del legislador de que un nacido cuya existencia no hubiera tenido una mínima entidad, no fuera capaz de provocar “un posible cambio injustificado y poco racional en el curso de una sucesión *mortis causa*”. En GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., “Artículo 30...”, cit., pág. 518-521. Y, también, tal y como se desprende de HUALDE SÁNCHEZ, J.J., “La personalidad...”, cit., pág. 114. O de LACRUZ BERDEJO, J.L. et al., *Elementos de Derecho...*, cit., pág. 11-12.

⁹⁶⁵ Dicho artículo expresa una idea similar y complementa al contenido del art. 29 CC, que comienza diciendo que “el nacimiento determina la personalidad”, debiendo entenderse la personalidad como “la *capacidad jurídica* o aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones”. En GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., “Artículo 30...”, cit., pág. 481-482.

⁹⁶⁶ A dichos efectos, es el momento del corte del cordón umbilical el que determina la fecha y hora del nacimiento que se harán constar en el parte médico a efectos de inscripción en el Registro Civil. En GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., “Artículo 30...”, cit., pág. 518.

⁹⁶⁷ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., “Artículos 29 a 34”, en RAMS ALBESA, J. y MORENO FLÓREZ, R.M. (Coord.), *Comentarios al Código Civil*. Tomo II, Vol. 1º Libro Primero (Títulos I a IV). Editorial Bosch. Barcelona, 2000. Pág. 282-283.

prescindiéndose de cualquier exigencia de plazo mínimo de vida tras el alumbramiento⁹⁶⁸.

La solicitud de inscripción del nacimiento y la práctica efectiva de la misma, se podrá efectuar en cualquiera de las Oficinas Generales del Registro Civil, independientemente del lugar en que se hubieran producido los hechos o actos inscribibles. Si el nacimiento hubiera tenido lugar en el extranjero, procederá su inscripción en la Oficina consular de la correspondiente circunscripción. No obstante, en este último caso, la inscripción también se podrá solicitar y practicar ante cualquier Oficina General, conforme al artículo 10.1 de la ley.

El nacimiento deberá ser comunicado por alguno de los obligados a promover su inscripción, es decir: a) la dirección de hospitales, clínicas y establecimientos sanitarios donde hubiera tenido lugar el alumbramiento; b) el personal médico o sanitario que hubiera atendido el parto, en caso de que éste hubiera ocurrido fuera de un establecimiento sanitario; c) los progenitores, salvo que renuncien al hijo en el momento del parto, en cuyo caso, la Entidad Pública correspondiente pasará a ser la obligado a efectuar la comunicación; d) el pariente más próximo; y e) cualquier persona mayor de edad presente en el momento de producirse el parto⁹⁶⁹.

Por tanto, si el nacimiento se produjera en alguno de los mencionados establecimientos sanitarios, conforme al artículo 46, la comunicación de los hechos a la Oficina del Registro Civil correspondiente se realizará por la dirección del centro en un plazo máximo de setenta y dos horas, salvo en

⁹⁶⁸ La normativa en vigor española que resulte contraria a la eliminación de toda exigencia de plazo de vida del menor, deberá interpretarse a la luz de dicho art. 30. Como, por ejemplo, el art. 74 del Reglamento del Registro Civil, que exige que en las actas de nacimiento que se levanten por motivos de viaje antes de transcurridas las veinticuatro horas del hecho, deberán ser convalidadas mediante acta separada en que se demuestre, posteriormente y ante el encargado del Registro competente, la supervivencia del niño a dicho plazo. O el art. 165 del citado Reglamento, que establece que "la inscripción en virtud de declaración formulada antes de que el feto viviera veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno se convalidará acreditando, en expediente, la supervivencia a dicho plazo".

⁹⁶⁹ Art. 45 LRC2011

aquéllos supuestos en que sea necesario personarse ante el encargado del Registro Civil.

Dicha comunicación se efectuará mediante envío electrónico⁹⁷⁰, por un mecanismo seguro de identificación del remitente y con su firma electrónica, del formulario oficial de declaración debidamente cumplimentado por el centro sanitario⁹⁷¹ y firmado por la madre o por ambos progenitores, comprendiendo la identificación y nacionalidad de la o los declarantes, sus manifestaciones relativas al nombre elegido para el nacido, el orden de sus apellidos y la filiación paterna, en su caso, así como las advertencias relativas al valor que tales declaraciones tendrán conforme a la normativa sobre determinación legal de la filiación. Dicho formulario deberá acompañarse del parte facultativo que hubiera asistido al nacimiento, salvo que no existiera dicho parte, en cuyo caso, se deberá aportar la documentación que se determine reglamentariamente a dichos efectos (art. 44.3 LRC2011).

El personal sanitario que hubiera asistido al parto, deberá comprobar, bajo su responsabilidad y “por cualquiera de los medios admitidos en Derecho”⁹⁷², la identidad de los firmantes del formulario, en especial, la identidad de la madre del recién nacido a efectos de su inclusión en el parte facultativo. También deberán adoptarse las cautelas que se estimen oportunas para asegurar la identificación del recién nacido, así como las comprobaciones que fijen de forma indubitada la filiación materna del niño, para lo cual, se podrán realizar las pruebas médicas, analíticas y biométricas que se estime oportuno⁹⁷³ y, en todo caso, obtener una impresión de las dos huellas plantares

⁹⁷⁰ De forma simultánea al envío al Registro Civil de los formularios oficiales, se deberá remitir al Instituto Nacional de Estadística los datos requeridos por la Ley a efectos de las competencias asignadas al mismo.

⁹⁷¹ Dicha remisión deberá cumplir con las directrices marcadas a dichos efectos en la Instrucción de 9 de octubre de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre comunicación electrónica de nacimientos desde centros sanitarios. «BOE» núm. 246, de 14 de octubre de 2015.

⁹⁷² Expresión contenida tanto en el art. 44.3 LRC2011, como en el art. 46 de la misma.

⁹⁷³ La realización de las mencionadas pruebas, así como el centro sanitario que conserve la información correspondiente a las mismas, deberán hacerse constar en la inscripción de nacimiento, ello sin perjuicio de que dicha información sea trasladada cuando proceda a los archivos definitivos de la administración correspondiente.

del recién nacido que figurarán en un mismo documento junto con las huellas dactilares de la madre.

Si, por el contrario, el nacimiento se produjera fuera de un establecimiento sanitario o, por algún motivo no se hubiera remitido la documentación correspondiente en tiempo y forma, establece el artículo 47 que las personas obligadas a promover la inscripción del nacimiento tendrán un plazo de diez días⁹⁷⁴ para efectuar la correspondiente declaración ante la Oficina del Registro Civil que proceda, incluidas las consulares, en su caso. Dicha declaración deberá efectuarse mediante el formulario oficial debidamente cumplimentado, junto con el parte facultativo firmado electrónicamente por el médico, enfermero especialista en enfermería obstétrico-ginecológica, o enfermero que hubiera asistido al parto fuera de establecimiento sanitario, o, si no se dispusiere del mismo, acompañado del documento acreditativo que se establezca reglamentariamente a dichos efectos. En este caso, se exige al facultativo correspondiente que compruebe la identidad de la madre del recién nacido también “por cualquiera de los medios admitidos en Derecho”, a efectos de hacerla constar en el certificado médico.

Una vez recibida y examinada la documentación por el encargado del Registro Civil, éste procederá a practicar inmediatamente la inscripción del nacimiento mediante la apertura de un nuevo registro individual, al que se asignará un código personal individualizado, formado por la secuencia alfanumérica que atribuya el sistema informático vigente para el documento nacional de identidad (art. 6 LRC2011).

Practicada la inscripción, el encargado del Registro expedirá y pondrá a disposición de los declarantes, una certificación literal electrónica de la inscripción de nacimiento.

⁹⁷⁴ Si los obligados excedieren del plazo de los diez días, se necesitará seguir un expediente gubernativo en los términos que resultan del art. 311 y siguientes del actual RRC, que una vez “comprobada la existencia o identidad del no inscrito y realizadas las diligencias oportunas, se ordenará practicar la inscripción con cuantas circunstancias hayan quedado acreditadas” (art. 316 RRC).

Llama la atención el hecho de que, a efectos de identificación de los progenitores del recién nacido, en virtud de lo dispuesto en los artículos 44.3 y 46 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, tan sólo se requiera que se efectúe por alguno de los “medios admitidos en Derecho”, pero que no se concrete expresamente la necesidad de exigir un documento oficial de identidad de los declarantes a dichos efectos.

Conforme resulta de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo⁹⁷⁵, de Protección de la Seguridad Ciudadana, debería exigirse para la acreditación de la identidad de los ciudadanos españoles, en principio, la presentación del Documento Nacional de Identidad, que es el documento público y oficial del Estado español, con suficiente valor probatorio por sí solo, para la acreditación de la identidad y datos personales de su titular (art. 8.1), o bien, del pasaporte español, documento público, personal, individual e intransferible que, salvo prueba en contrario, también sirve para acreditar la identidad y nacionalidad de los ciudadanos españoles tanto dentro, como fuera de nuestro territorio (art. 11.1). Y, para el caso de ciudadanos extranjeros, el artículo 13.1 de la mencionada Ley Orgánica 4/2015, tan solo menciona que deberán identificarse mediante la exhibición de la documentación que acredite su identidad, expedida por las autoridades competentes de su país de origen o de procedencia. Pero, al igual que sucede con los ciudadanos españoles, se admiten otros medios identificativos admitidos en Derecho que permitan determinar la identidad de los ciudadanos extranjeros, como puede ser la Tarjeta de Identidad de Extranjero⁹⁷⁶ o el Permiso de Residencia⁹⁷⁷, expedidos ambos por la autoridad española competente, debiendo contener el documento empleado para la identificación, en todo caso, fotografía y firma de su titular.

⁹⁷⁵ Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana. «BOE» núm. 77, de 31 de marzo de 2015.

⁹⁷⁶ Conforme a lo dispuesto en el art. 34.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. «BOE» núm. 10, de 12 de enero de 2000 y en el art. 210 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009. «BOE» núm. 103, de 30 de abril de 2011.

⁹⁷⁷ Conforme prevé el art. 161 del Decreto de 2 de junio de 1944, por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado. «BOE» núm. 189, de 7 de julio de 1944.

No obstante, dado que dichos documentos de identidad no ostentan el carácter exclusivo de medio de identificación válido a efectos legales, también se podría emplear, entre otros, el permiso de conducir, cuyo uso a efectos de identificación de su titular se prevé en diversos textos legales⁹⁷⁸, así como por reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo⁹⁷⁹. O, incluso, el conocimiento personal de las personas a quienes se identifica, tal y como se permite legalmente en el artículo 23 de la Ley del Notariado⁹⁸⁰ o en el artículo 32.1 del Reglamento por el que se regula la prestación de los servicios postales⁹⁸¹, entre otros. Todo ello, siempre bajo la responsabilidad del facultativo médico que efectúe la identificación conforme al artículo 46 de la Ley del Registro Civil.

El problema radica en que, hay que tener en cuenta que en el ámbito sanitario la Tarjeta Sanitaria Individual⁹⁸² también puede llegarse a considerar como “elemento efectivo de identificación de cada ciudadano”⁹⁸³ a efectos de

⁹⁷⁸ Expresamente permitido a efectos de identificación por, entre otros, el art. 85 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General («BOE» núm. 147, de 20 de junio de 1985) que establece que “la identificación del elector, que se realiza mediante documento nacional de identidad, pasaporte o permiso de conducir en que aparezca la fotografía del titular o, además, tratándose de extranjeros, con la tarjeta de residencia”. También en el art. 32.1 del Real Decreto 1829/1999, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regula la prestación de los servicios postales, en desarrollo de lo establecido en la Ley 24/1998, de 13 de julio, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales («BOE» núm. 313, de 31 de diciembre de 1999), que dispone que “el destinatario o la persona autorizada que se haga cargo del envío postal tendrá que identificar su personalidad, ...mediante la exhibición de su documento nacional de identidad, pasaporte, permiso de conducción o tarjeta de residencia, salvo notorio conocimiento del mismo”.

⁹⁷⁹ Entre otras, en la sentencia 698, de 22 de febrero de 1991 (Roj: STS 9333/1991. Id Cendoj: 28079120011991104180), que establece que el permiso de conducir se conceptúa como un documento oficial que puede servir, de modo esporádico y subsidiario, como instrumento de identificación de la persona a cuyo favor se hubiera otorgado.

⁹⁸⁰ Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862. «BOE» núm. 149, de 29 de mayo de 1862.

⁹⁸¹ Art. 32.1 del Real Decreto 1829/1999, de 3 de diciembre, cit.

⁹⁸² Según resulta del art. 57.1 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud («BOE» núm. 128, de 29 de mayo de 2003), así como del Real Decreto 183/2004, de 30 de enero, por el que se regula la tarjeta sanitaria individual («BOE» núm. 37, de 12 de febrero de 2004), la Tarjeta Sanitaria Individual es un documento administrativo que acredita determinados datos de su titular, pero en ningún momento se exige en dichos texto normativos su presentación junto con otro documento oficial a efectos de acreditar la identidad del paciente.

⁹⁸³ Tarjeta Sanitaria Individual. Página Oficial de la Consellería de Sanitat Universal y Salud Pública de la Generalitat Valenciana. Disponible en: <<http://www.san.gva.es/web/dgoeicap/tarjeta-sanitaria-individual>>. Última consulta: 26/12/2016. Igual sucede en la página web de la Comunidad Autónoma de Andalucía, donde la Tarjeta Sanitaria “es el documento que identifica individualmente a los usuarios ante el Sistema Sanitario Público de Andalucía”. Disponible en: <http://www.juntadeandalucia.es/salud/channels/temas/temas_es/C_2_DERECHOS_Y_GARA

poder acceder a los servicios y prestaciones sanitarias, pese a que se advierte de que los centros e instituciones del ámbito sanitario “podrán”⁹⁸⁴ solicitar en cualquier momento la exhibición de un documento oficial de identidad, nacional o extranjero, que acredite fehacientemente que el portador de la tarjeta es el titular de la misma, pero no exigiéndose legalmente en ningún momento presentar el Documento Nacional de Identidad, ni tampoco el pasaporte o permiso de residencia, a efectos de identificación de un paciente⁹⁸⁵.

Los protocolos de identificación⁹⁸⁶ de los pacientes que tienen establecidos dichos centros sanitarios y hospitalarios, tampoco exigen en todo

NTIAS/C_6_Tarjeta_sanitaria/tarjeta_sanitaria>. Última consulta: 26/12/2016. O en la Comunidad Autónoma de Castilla La Mancha, donde la Tarjeta Sanitaria “se configura como un documento individual y personalizado que identifica al usuario para acceder a los servicios sanitarios del Servicio de Salud” correspondiente a dicha Comunidad. Disponible en: <<http://sescam.castillalamancha.es/ciudadanos/tarjetasanitaria/informacion>>. Última consulta: 26/12/2016. O en Cataluña, donde se considera como “el documento que identifica y permite el acceso a los centros y servicios del sistema sanitario público asignados”. Disponible en: <<http://catsalut.gencat.cat/es/ciudadania/acces-sistema-salut/la-tsi/>>. Última consulta: 27/12/2016. O, también, en la ponencia de ALFARO LATORRE, M., “La Tarjeta Sanitaria Individual en el SNS. Identificación normalizada de la población protegida”, en el 7º Foro sobre el Sistema de Información del Sistema Nacional de la Salud del año 2014, en la que indicó que la Tarjeta Sanitaria Individual permite “identificar con seguridad a cada paciente”. Disponible en:

<https://www.msssi.gob.es/estadEstudios/estadisticas/sisInfSanSNS/7ForoSISNS/Ponencias/7Foro2014_MA.pdf>. Última consulta: 27/12/2016.

⁹⁸⁴ La postura correcta sería la adoptada por la Consellería de Sanidade de la Xunta de Galicia, en cuya página web oficial advierte de que los ciudadanos deberán llevar la tarjeta sanitaria al acudir a los centros sanitarios del Servicio Gallego de Salud o a las oficinas de farmacia cuando pretendan adquirir medicamentos, pero “siempre acompañada de su documento identificativo”. En “Tarjeta Sanitaria. Información Individual”. Página Oficial de la Consellería de Sanidade de la Xunta de Galicia. Disponible en: <<http://www.sergas.es/Tarjeta-sanitaria/Informaci%C3%B3n-Xeral>>. Última consulta: 26/12/2016.

⁹⁸⁵ Como sucede, por ejemplo, en los centros de salud y hospitales de Andalucía, dónde es necesario presentar la tarjeta sanitaria para ser atendido, e imprescindible para acceder a la información sanitaria del usuario, pero no necesariamente se solicitará un documento oficial de identidad al usuario. En ROJAS BRUNO, I.M., “Identificación del paciente en el centro de salud”. *Revista Actualidad médica*. Núm. 792. Granada, 2014. Pág. 107-108.

⁹⁸⁶ Como, por ejemplo, en el “Protocolo de identificación inequívoca de pacientes” del Departamento de Salud de Sagunto”. Disponible en: <<http://www.dep4.san.gva.es/contenidos/doc/guias/6.01.%20Identificacion%20pacientes.pdf>>. Última consulta: 27/12/2016. O en el “Protocolo de Identificación de Pacientes” del Complejo Hospitalario Universitario de Albacete. Disponible en: <<http://www.chospab.es/publicaciones/protocolosEnfermeria/documentos/95b881379d9c6adcb509d400ffe09cd7.pdf>>. Última consulta: 27/12/2016. O en el “Protocolo de identificación de pacientes en unidades de enfermería” del Hospital de Valdecilla del año 2008. Disponible en: <http://www.humv.es/dmdocuments/noticias/b6e2f41e-Protocolos%20Identif.%20Enfermeria-Resto%20Personal%20nov_%2008.pdf>. Última consulta: 27/12/2016. En todos ellos se establece el protocolo de elaboración de los brazaletes identificativos de los ingresados, pero en ningún caso se hace mención expresa a la necesidad de aportar el DNI o pasaporte a efectos de identificación.

caso la identificación del ciudadano que sea atendido mediante un documento oficial acreditativo de su identidad⁹⁸⁷, viniendo motivada la instauración de métodos que permitan garantizar la identificación inequívoca del paciente, principalmente, por motivos de seguridad con la intención de evitar riesgos asociados a diagnósticos erróneos, o a la administración de medicamentos, realización de pruebas diagnósticas o intervenciones quirúrgicas a los pacientes equivocados⁹⁸⁸, para lo cual bastará con la presentación de la tarjeta sanitaria.

Las mencionadas Tarjetas Sanitarias es innegable que se emplean en ocasiones de modo fraudulento⁹⁸⁹ a los efectos de obtener medicamentos de forma gratuita o, incluso, para acceder a operaciones⁹⁹⁰ o pruebas diagnósticas sin tener derecho a ello, lo que supone una clara suplantación de la identidad del verdadero titular de la tarjeta dado que no siempre incorporan una fotografía⁹⁹¹ y es difícil controlar la identidad de su titular.

Dicha suplantación podría producirse, por qué no, en el ámbito de la filiación⁹⁹², así como en el de la gestación por sustitución, puesto que si alguien

⁹⁸⁷ Como el “Procedimiento General de Identificación de Pacientes”, establecido por la Junta de Andalucía. Disponible en: <http://www.juntadeandalucia.es/agenciadecalidadsanitaria/observatorioseguridadpaciente/gestor/sites/PortalObservatorio/es/galerias/descargas/practicas_seguras/procedimiento_identificacion_pacientes.pdf>.

⁹⁸⁸ MORIS DE LA TASSA, J. et al. “Identificación inequívoca de pacientes ingresados en hospitales del Sistema Nacional de Salud”. *Medicina Clínica*, Núm. 131, Supl. 3. Barcelona, 2008. Pág. 72.

⁹⁸⁹ “Sacyl insta a los médicos a que pidan el DNI para evitar fraudes con la tarjeta”. *Diario de León.es*, 2014. Disponible en: <http://www.diariodeleon.es/noticias/leon/sacyl-insta-medicos-pidan-dni-evitar-fraudes-tarjeta_924825.html>. Última consulta: 27/12/2016. O la noticia “Los ciudadanos de las Islas Baleares pueden renovar la tarjeta sanitaria de forma gratuita a partir de mañana”, emitida por el Govern de les Illes Balears el 03/01/2016, en que se indica que la tarjeta contará en lo sucesivo con una fotografía “que permite identificar a su titular” lo que supone la ventaja, entre otras, de que “evita el uso fraudulento de la tarjeta sanitaria”. Disponible en: <<http://www.caib.es/govern/pidip/dadesComunicat.do?lang=es&codi=8852040>>. Última consulta: 27/12/2016.

⁹⁹⁰ “Detenida por usar la tarjeta sanitaria de otra persona para operarse de la vista”. *La Voz de Galicia.es*, 2014. Disponible en: <<http://www.lavozdegalicia.es/noticia/sociedad/2014/11/20/detenida-usar-tarjeta-sanitaria-persona-operarse-vista/00031416502444642807429.htm>>. Última consulta: 27/12/2016.

⁹⁹¹ El art. 3.3. del Real Decreto 183/2004, de 30 de enero, por el que se regula la tarjeta sanitaria individual, cit., establece que “se podrá incluir una fotografía del titular de la tarjeta sanitaria”, pero no lo impone como requisito obligatorio.

⁹⁹² Véase, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo, dictada por la Sala de lo Civil el día 12 de enero de 2015, en el recurso de casación 1501/2013 (RJ/2015/610), en acción de reclamación de filiación materna no matrimonial con impugnación de la filiación contradictoria,

desease llevarla a cabo en España, al ser la mujer que dará a luz a quién se considerará legalmente la madre del niño, la comitente debería hacerse pasar por dicha mujer, tratando que la gestante se identificase, quizás, mediante la Tarjeta Sanitaria de la comitente o bastando, simplemente, con que mediase la connivencia del personal sanitario a efectos de consignar a la madre comitente como la mujer que ha dado a luz al recién nacido, lo cuál sería muchísimo más sencillo en caso de que el alumbramiento del mismo se produjera fuera de un centro hospitalario.

Con respecto a la filiación, la actual Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, elimina toda referencia a la filiación no matrimonial, equiparándola plenamente a la matrimonial. A efectos de constatación registral de la filiación, el primer párrafo del apartado 4 del artículo 44⁹⁹³, remite al contenido de la legislación civil en la materia, así como a lo dispuesto en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, sin perjuicio de las especialidades que constan al respecto en dicho artículo 44.

En cuanto a la filiación materna, deberá hacerse constar necesariamente en las inscripciones de los nacimientos ocurridos en España, pero no se exige en aquéllas en los que el alumbramiento se hubiera producido en el extranjero. Ello salva los supuestos de gestación por sustitución en que la legislación extranjera del país o Estado de que se trate, permite expedir el certificado de nacimiento en el que figuren directamente los comitentes como padres del niño⁹⁹⁴, no teniendo por qué figurar en el mismo el nombre de la gestante, ni tampoco el de ninguna mujer como madre en caso de que el o los padres intencionales fueran exclusivamente del género masculino.

en la que resulta acreditado que fue posible inscribir a Doña Águeda en el Registro Civil de Barcelona, como hija biológica del matrimonio formado por Don Donato y Doña Noelia y nacida en dicha ciudad. Cuando Doña Águeda era, en realidad, hija biológica de Doña Gracia y su nacimiento se había producido en la Clínica de Santo Celo de la ciudad de Valencia, en la que la gestante ingresó con un nombre falso.

⁹⁹³ En su redacción dada por la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil. «BOE» núm. 167, de 14 de julio de 2015.

⁹⁹⁴ Como es el caso de California, entre otros. BAUTISTA LÓPEZ, J., “Maternidad subrogada”. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Núm. 815. Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 2011.

A dicha filiación materna de los nacimientos ocurridos en España se le podrá dotar de acceso restringido en los casos en que la gestante lo solicite por motivos fundados y renuncie a ejercer los derechos derivados de la referida filiación. Además, prevalecerá la filiación materna que resulte del parte facultativo o de la comprobación realizada reglamentariamente, si su contenido fuese discordante con respecto a la declaración efectuada a dichos efectos.

En cuanto a la filiación paterna, el artículo 44 establece que se hará constar a favor del cónyuge si el matrimonio con la madre constare debidamente acreditado, conforme a las presunciones de paternidad del esposo contenidas en la legislación civil, o aunque aquellas faltaren si concurre el consentimiento de ambos consortes, incluso en el supuesto de que la pareja se hallare separada legalmente o de hecho. También se procederá a la inscripción de la filiación como matrimonial, en los matrimonios formados por dos mujeres, si la esposa de la gestante consiente expresamente que se determine a su favor la filiación del hijo de su cónyuge, siempre y cuando no se hallaren separadas legalmente ni de hecho. Si la madre no se hallare casada, el padre deberá manifestar expresamente su conformidad a la determinación de la filiación.

8.3. La inscripción registral basada en documentos judiciales y extrajudiciales extranjeros.

Por lo que respecta a la inscripción en el Registro Civil español del nacimiento y filiación de los niños nacidos en el extranjero a través de la técnica de la gestación por sustitución, dicha inscripción deberá basarse en documentos expedidos por el funcionario o autoridad extranjera del país de que se trate.

A dichos efectos, el Título X de la LRC2011⁹⁹⁵ relativo a las normas de Derecho internacional privado, otorga a las mencionadas resoluciones judiciales y documentos extrajudiciales extranjeros la consideración de título

⁹⁹⁵ Arts. 94 a 100 LRC2011.

suficiente para constatar el respectivo hecho o acto que documenten y permite que, bajo ciertas condiciones, desplieguen sus efectos en España⁹⁹⁶.

Se exigirá que se encuentren debidamente apostillados o legalizados, y que vengan acompañados de traducción a alguna de las lenguas oficiales españolas efectuada por el órgano o funcionario competentes, salvo que al encargado del Registro Civil le conste el contenido o la autenticidad del documento, o que hubiera accedido al Registro por vía oficial o por diligencia bastante, en cuyo caso se podrá prescindir de la traducción o de la oportuna legalización.

Los artículos 96 y siguientes de la LRC2011 dispensan un tratamiento distinto dependiendo de que hubieran sido dictados por órganos jurisdiccionales extranjeros⁹⁹⁷ o por autoridad competente no judicial conforme a la legislación del Estado de que se trate⁹⁹⁸.

Si el nacimiento y filiación del menor viniera documentado a través de un título de origen judicial, su procedimiento de inscripción viene regulado en el artículo 96.2 de la LRC2011, estableciendo que se podrá instar a través de una doble vía: o bien previa la superación del procedimiento clásico del *exequátur*, o bien a través de una nueva posibilidad por la que el encargado del Registro

⁹⁹⁶ GARAU SOBRINO, F.F., "Artículo 42. Procedimiento de *exequátur*", en MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.P. y PALAO MORENO, G. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2017. Pág. 474.

⁹⁹⁷ Siendo también de aplicación a las resoluciones que hubieran sido dictadas por autoridades no judiciales extranjeras "en materias cuya competencia corresponda, según el Derecho español, al conocimiento de Jueces y Tribunales", tal y como resulta del art. 96.3 LRC2011.

⁹⁹⁸ Con respecto al control de la competencia del tribunal o autoridad no judicial del lugar de origen de la resolución de que se trate, coexisten un elevado número de normas que pretenden regular con los mismos criterios dicha cuestión -aunque en ámbitos distintos-, como son el régimen general prevenido en el art. 46 LCJIMC, o las reglas especiales contenidas en los arts. 26.1.1º y 34.1.2º de la Ley de Adopción Internacional, o en el artículo 12.3.a de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, entre otros, con las dificultades que ello supone. En DE MIGUEL ASENSIO, P.A., "Coordinación de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil con la legislación especial". *Revista española de Derecho internacional*, Vol. 68/1 (enero-junio 2016). Asociación internacional de Profesores de Derecho internacional y Relaciones internacionales. Madrid, 2016. Pág. 105.

Civil realizará un control de legalidad mediante un reconocimiento incidental de la resolución⁹⁹⁹.

En cuanto al trámite del *exequátur*, pese a que el artículo 96.2.1.º de la LRC2011 sigue estableciendo la necesidad de que se efectúe siguiendo el procedimiento “contemplado en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881¹⁰⁰⁰”, los artículos de dicha norma que continuaban en vigor hasta el 20 de agosto de 2015, han sido derogados por la nueva Ley 29/2015, de 30 de julio¹⁰⁰¹, de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil (LCJIMC) que, entre otros aspectos, ha revisado y modernizado el proceso judicial del *exequátur*¹⁰⁰², adaptándolo a las necesidades actuales y solventando las carencias procesales de que adolecía¹⁰⁰³.

El *exequátur* se sigue manteniendo como un procedimiento jurisdiccional especial, cuyo objeto radica en “declarar a título principal el reconocimiento de una resolución judicial extranjera y, en su caso, para autorizar su ejecución”¹⁰⁰⁴ en España. Es de aplicación, especialmente, a resoluciones originarias de países con los que España no mantiene ninguna vinculación¹⁰⁰⁵ y, por tanto, se estima conveniente mantener ciertas cautelas antes de otorgar validez a sus resoluciones jurisdiccionales.

⁹⁹⁹ Al que CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ también se refieren como “*el nuevo pseudo-exequátur registral*”. En CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZALEZ, J., *Derecho Internacional Privado*, Vol. II..., cit., pág. 106.

¹⁰⁰⁰ Real decreto aprobando el proyecto de reforma de la Ley Enjuiciamiento civil («BOE» núm. 36, de 5 de febrero de 1881), cuyos artículos 951 a 958 regulaban el trámite del *exequátur*, y que han permanecido en vigor hasta el año 2015, pese a la aprobación de la nueva Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil («BOE» núm. 7, de 8 de enero de 2000).

¹⁰⁰¹ Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil. «BOE» núm. 182, de 31 de julio de 2015.

¹⁰⁰² El procedimiento judicial del *exequátur* se regula actualmente en el capítulo IV de la Ley 29/2015, arts. 52 a 55.

¹⁰⁰³ Fomentando, con ello, el *favor cooperationis* por el que “se pretende que desde la perspectiva unilateral española nuestras autoridades se abran a la cooperación -tanto activa como pasiva- adoptando en consecuencia una mirada abierta, de colaboración, hacia el resto de países ante el innegable desarrollo del tráfico jurídico externo”. En RODRÍGUEZ-BENOT, A., “Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil”. *Ars Iuris Salmanticensis*, Vol. 4, junio 2016. Salamanca, 2016. Pág. 291.

¹⁰⁰⁴ Art. 42.1 Ley 29/2015.

¹⁰⁰⁵ El contenido de la LCJIMC tiene carácter subsidiario, ya que sus disposiciones sólo serán de aplicación en defecto de normativa europea o convencional aplicable que prevalecen sobre nuestro Derecho interno. ÁLVAREZ RUBIO, J.J., “Artículo 48. Prohibición de revisión del fondo”, en MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.P. y PALAO MORENO, G. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2017. Pág. 560.

Para que la sentencia o resolución judicial extranjera que afecte al estado civil y cuya constatación registral se pretenda sea susceptible de reconocimiento y ejecución, deberá gozar de carácter firme si procediera de un procedimiento contencioso, o ser definitiva si hubiera sido dictada en un proceso de jurisdicción voluntaria¹⁰⁰⁶, caracteres que deberán acreditarse con arreglo a la Ley extranjera del país o Estado donde hubiera sido dictada la sentencia o similar. Si no tuvieran dicho carácter, podrán ser objeto de anotación registral, con mero valor informativo¹⁰⁰⁷, hasta el momento en que se obtenga el preceptivo *exequátur* o su reconocimiento incidental en España.

La competencia objetiva para conocer de dichas solicitudes de *exequátur* corresponderá, como norma general y a nuestros efectos, a los Juzgados de primera instancia¹⁰⁰⁸ del domicilio de la persona sobre la que se refieren los efectos de la resolución judicial extranjera, o bien, subsidiariamente al Juzgado de primera instancia ante el que se interponga la demanda de *exequátur* por cualquier persona que acredite ostentar un interés legítimo. El demandante deberá hallarse representado por procurador y asistido de un letrado (art. 52.1 Ley 29/2015), siendo el órgano jurisdiccional español quién deberá controlar de oficio su competencia para conocer de dichos procesos¹⁰⁰⁹.

La demanda deberá dirigirse contra aquella parte o partes frente a las que se desee hacer valer la resolución judicial extranjera, ajustándose a los

¹⁰⁰⁶ Tal y como afirma IGLESIAS BUHIGUES, “en el ámbito de la jurisdicción voluntaria, normalmente no ha lugar a la ejecución propiamente dicha, se trate de resoluciones judiciales o de documentos públicos, puesto que, generalmente, sus efectos son declarativos o constitutivos, por lo que su “ejecución” se agota con la inscripción en un registro público”. En IGLESIAS BUHIGUES, J.L., “Artículo 41. Ámbito de aplicación”, en MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.P. y PALAO MORENO, G. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2017. Pág. 470.

¹⁰⁰⁷ En ningún caso tendrá el valor probatorio de que goza la inscripción.

¹⁰⁰⁸ Al igual que figuraba en el antiguo art. 955 LEC1881, el art. 52 LCJIMC atribuye competencia para el otorgamiento del *exequátur*, además de a los Juzgados de primera instancia, también a los Juzgados de lo mercantil, que actuarán cuando la resolución extranjera verse sobre alguna de las materias que sean de su competencia. En TORRALBA MENDIOLA, E., “Artículo 52. Competencia”, en MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.P. y PALAO MORENO, G. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2017. Pág. 611-612.

¹⁰⁰⁹ Para el caso de que el órgano jurisdiccional se considerase incompetente objetivamente para conocer de la solicitud de *exequátur*, deberá iniciar el proceso previsto en el art. 48.3 LEC2000 y, antes de dictar su resolución, deberá dar traslado a las partes y al Ministerio Fiscal. En FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A. (Coord.), *Comentario a la Ley 29/2015 de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil*. Wolters Kluwer, 2017. Pág. 458.

requisitos formales y de contenido establecidos en el artículo 399 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a cuyo contenido nos remitimos expresamente¹⁰¹⁰, y acompañarse de: “a) El original o copia auténtica de la resolución extranjera, debidamente legalizados o apostillados. b) El documento que acredite, si la resolución se dictó en rebeldía, la entrega o notificación de la cédula de emplazamiento o el documento equivalente. c) Cualquier otro documento acreditativo de la firmeza y fuerza ejecutiva en su caso de la resolución extranjera en el Estado de origen, pudiendo constar este extremo en la propia resolución o desprenderse así de la ley aplicada por el tribunal de origen. d) Las traducciones pertinentes con arreglo al artículo 144 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”¹⁰¹¹.

Una vez presentada la demanda junto con los restantes documentos, el Secretario Judicial los examinará y dictará decreto de admisión¹⁰¹², dando traslado de los mismos a la parte demandada para que se oponga¹⁰¹³ en el plazo de treinta días, así como al Ministerio Fiscal, que siempre intervendrá en estos procesos, por lo que se le deberá dar traslado de todas las actuaciones.

Formulada la oposición por el demandado, o transcurrido el plazo de treinta días sin que se hubiera producido dicha oposición, el órgano jurisdiccional deberá resolver en el plazo de diez días estimando o desestimando la pretensión principal mediante auto motivado.

La denegación del reconocimiento de las resoluciones judiciales extranjeras firmes, tan solo se podrá formular basándose en alguna de las

¹⁰¹⁰ Requisitos que “pueden referirse tanto a la demanda, que es el continente, como a la pretensión que es el contenido, jugando unas veces para admisibilidad de aquélla y otras para la estimación de ésta”. MONTERO AROCA, J. et al., *El nuevo proceso civil (Ley 1/2000)*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2000. Pág. 353.

¹⁰¹¹ Art. 54.4 Ley 29/2015.

¹⁰¹² Sin embargo, si el Secretario Judicial apreciare “la falta de subsanación de un defecto procesal o de una posible causa de inadmisión, con arreglo a las leyes procesales españolas, procederá a dar cuenta al órgano jurisdiccional para que resuelva en plazo de diez días sobre la admisión en los casos en que estime falta de jurisdicción o de competencia o cuando la demanda adoleciese de defectos formales o la documentación fuese incompleta y no se hubiesen subsanado por el actor en el plazo de cinco días concedido para ello por el secretario judicial” (art. 54.6 Ley 29/2015).

¹⁰¹³ El demandado podrá acompañar a su escrito de oposición los documentos, entre otros, que permitan impugnar la autenticidad de la resolución extranjera, la corrección del emplazamiento al demandado, la firmeza y fuerza ejecutiva de la resolución extranjera.

causas habituales que resultan de la lista cerrada y exhaustiva¹⁰¹⁴ que figura en el artículo 46.1 de la Ley 29/2015, de forma que no puede ser invocado ningún motivo más allá de los expresamente previstos en dicha disposición, y que son los siguientes: “a) Cuando fueran contrarias al orden público; b) Cuando la resolución se hubiera dictado con manifiesta infracción de los derechos de defensa de cualquiera de las partes. Si la resolución se hubiera dictado en rebeldía, se entiende que concurre una manifiesta infracción de los derechos de defensa si no se entregó al demandado cédula de emplazamiento o documento equivalente de forma regular y con tiempo suficiente para que pudiera defenderse¹⁰¹⁵; c) Cuando la resolución extranjera se hubiere pronunciado sobre una materia respecto a la cual fueren exclusivamente competentes los órganos jurisdiccionales españoles o, respecto a las demás materias, si la competencia del juez de origen no obedeciere a una conexión razonable. Se presumirá la existencia de una conexión razonable con el litigio cuando el órgano jurisdiccional extranjero hubiere basado su competencia judicial internacional en criterios similares a los previstos en la legislación española¹⁰¹⁶; d) Cuando la resolución fuera inconciliable con una resolución dictada en España; e) Cuando la resolución fuera inconciliable con una resolución dictada con anterioridad en otro Estado, cuando esta última resolución reuniera las condiciones necesarias para su reconocimiento en

¹⁰¹⁴ IGLESIAS BUHIGUES, J.L., “Artículo 46. Causas de denegación del reconocimiento”, en MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.P. y PALAO MORENO, G. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2017. Pág. 528.

¹⁰¹⁵ Esta infracción del derecho de defensa de cualesquiera de las partes, técnicamente podría haberse subsumido en el concepto de orden público del apartado anterior. No obstante, tal y como se expresa en la Exposición de Motivos de la Ley, dicha referencia se considera adecuada a efectos didácticos, así como los aspectos relativos a las decisiones dictadas en rebeldía, a cuyos efectos se consideran conculcados los derechos de defensa del demandado si la interposición de la demanda no le fue notificada en tiempo y forma. Pese a ser una redacción más estricta que la contenida en los reglamentos de la Unión Europea, que no exigen una estricta regularidad formal de la notificación, se considera correcta puesto que su aplicación procederá cuando no rija ni reglamento europeo ni convenio internacional.

¹⁰¹⁶ Este apartado regula el control de la competencia del juez de origen, que exige verificar la existencia de una conexión razonable entre la autoridad que dictó la resolución cuyo reconocimiento se solicita y el asunto sobre el que versa la misma, así como que no se trata de un asunto de la exclusiva competencia de jueces y tribunales españoles. Aporta una pauta que, a partir de la bilateralización de los foros establecidos en Derecho procesal civil internacional español, permite determinar la existencia de una conexión razonable suficientemente flexible, estimarse suficiente que el tribunal de origen hubiera conocido del asunto a partir de criterios de conexión semejantes a los establecidos en nuestra legislación, para tratar de evitar con ello “la aplicación de foros exorbitantes o situaciones de *forum shopping*”, tal y como afirma ANA RIBÓ. En RIBÓ, A., “Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil”. *Actualidad Civil*, núm. 12, diciembre 2015. Editorial La Ley. Madrid, 2015. Pág. 7.

España; y f) Cuando existiera un litigio pendiente en España entre las mismas partes y con el mismo objeto, iniciado con anterioridad al proceso en el extranjero”.

Los artículos 48 y 49 LCJIMC prohíben expresamente la revisión en cuanto al fondo de la resolución y el control de la ley aplicada, de forma que el tribunal español llamado a resolver sobre la eficacia de la de la decisión extranjera cuyo reconocimiento se pretende, no podrá entrar a valorar el Derecho aplicado correspondiente al lugar donde la misma fue dictada, ni tampoco sobre la corrección del modo en que la controversia fue resuelta en el Estado de origen¹⁰¹⁷.

Con respecto a la denegación del reconocimiento y/o ejecución de la resolución extranjera basada en motivos de orden público, no procederá por el mero hecho de que el órgano judicial extranjero hubiera aplicado un ordenamiento jurídico distinto al que hubiera resultado de las reglas del Derecho internacional privado español.

El orden público no supone una cláusula “abierta” que habilita para el control de la ley aplicada a la resolución en cualquier caso¹⁰¹⁸. Así, una mera divergencia normativa *per se* no será suficiente para entender que existe vulneración del orden público, ni podrá aducirse su infracción como vía indirecta para burlarla, tal y como afirma ÁLVAREZ RUBIO¹⁰¹⁹.

Además, es necesario tener en cuenta con respecto a dicho orden público que, pese a que no se recoge expresamente en el tenor literal del artículo una referencia a las peculiaridades del mismo en procesos de familia o de menores, es indiscutible que, si la resolución judicial afectara a menores de

¹⁰¹⁷ GASCÓN INCHAUSTI, F., “Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras en la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil”. *Cuadernos de Derecho transnacional*, Vol. 7, Núm. 2 (Octubre 2015). Área de Derecho internacional privado de la Universidad Carlos III. Madrid, 2015. Pág. 179.

¹⁰¹⁸ ARENAS GARCÍA, R., *Crisis matrimoniales internacionales. Nulidad matrimonial, separación y divorcio en el nuevo Derecho internacional privado español*. Universidade de Santiago de Compostela. Santiago de Compostela, 2004. Pág. 365.

¹⁰¹⁹ ÁLVAREZ RUBIO, J.J., “Artículo 48. Prohibición de revisión...”, cit., pág. 563.

edad, aquél deberá valorarse ponderándolo con el interés superior del menor¹⁰²⁰.

Contra el auto dictado por el Juzgado de primera instancia resolviendo la solicitud de *exequatur*, solo cabrá interponer recurso de apelación ante la Audiencia Provincial, ante cuya resolución dictada en segunda instancia, la parte legitimada podrá interponer el correspondiente recurso extraordinario por infracción procesal, o bien recurso de casación ante el Tribunal Supremo.

Finalmente, hacemos constar con respecto al capítulo VI del título V de la Ley 29/2015 que contiene normas específicas dirigidas a “la inscripción en los registros públicos”¹⁰²¹, que el mismo tan solo es de aplicación a los Registros de la propiedad, mercantil y de bienes muebles, pero no al Registro Civil, dado que éste último cuenta con sus propias normas para la inscripción de resoluciones judiciales y documentos públicos extranjeros en su legislación específica¹⁰²², tal y como estamos viendo.

Dada la complejidad inherente a las situaciones internacionales, dicho reconocimiento incidental¹⁰²³ corresponderá con carácter exclusivo a la Oficina Central del Registro¹⁰²⁴, que se configura, además, como autoridad encargada en materia de cooperación internacional en todas aquellas materias sometidas a la ley.

En línea con lo dispuesto en la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, que veremos, el artículo 96.2.2.º de la Ley del Registro Civil prevé la posibilidad de instar la inscripción de las mencionadas resoluciones

¹⁰²⁰ Exposición de motivos VIII de la Ley 29/2015.

¹⁰²¹ Capítulo que comienza con “una declaración general -y lógica- de reserva exclusiva de reglamentación del procedimiento registral, de los requisitos legales y de los efectos de los asientos registrales a las normas del ordenamiento español, principio de la aplicación de la *lex registrii* que se consagra asimismo en los instrumentos de Derecho internacional privado de la UE”. En RODRÍGUEZ-BENOT, A., “La Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil”. *Cuadernos de Derecho transnacional*, Vol. 8, Núm. 1 (Marzo 2016). Área de Derecho internacional privado de la Universidad Carlos III. Madrid, 2016. Pág. 258.

¹⁰²² *Ibid.*, pág. 258.

¹⁰²³ De documentos extranjeros judiciales y extrajudiciales, así como de las certificaciones extranjeras.

¹⁰²⁴ Art. 21.2.2.ª y 85.2 LRC2011.

directamente ante el encargado del Registro Civil, quien deberá proceder a la inscripción, siempre y cuando verifique la concurrencia de los siguientes extremos: “a) la regularidad y autenticidad formal de los documentos presentados; b) que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española; c) que todas las partes fueron debidamente notificadas y con tiempo suficiente para preparar el procedimiento; y d) que la inscripción de la resolución no resulta manifiestamente incompatible con el orden público español”.

Con respecto a los documentos públicos de origen no judicial y certificaciones de asientos practicados en Registros extranjeros, serán títulos que permitirán la inscripción del hecho o acto relativo al estado civil que documenten, mediante un reconocimiento incidental efectuado por el encargado del Registro Civil¹⁰²⁵ que deberá verificar que se cumplen los requisitos contemplados en el artículo 97 con respecto a los documentos extranjeros extrajudiciales, y en el artículo 98 con respecto a las certificaciones de asientos extendidos en Registros extranjeros.

A dichos efectos, en primer lugar se requerirá que el documento público o la certificación del asiento inscrito, se hubiera dictado por la autoridad extranjera no jurisdiccional competente en la materia de que se trate, reconocida como tal por la legislación del Estado al que pertenezca.

En segundo lugar, se exigirá que las funciones ejercidas por la autoridad extranjera en su confección, fueran equivalentes a las previstas a dichos efectos para las autoridades españolas. Y en relación a las certificaciones registrales, el Registro extranjero de procedencia deberá tener análogas garantías a las exigidas por la Ley española para la inscripción de los hechos de que da fe.

¹⁰²⁵ VELA SÁNCHEZ, A.J., “Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución ‘pueden’ ser inscritos en el registro civil español. A propósito de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de junio de 2014”. *Diario La Ley*, núm. 8415 (Estudios Doctrinales). La Ley. Madrid, 2014. Pág. 7.

En tercer lugar, el hecho o acto inscribible que resulta del documento o de la certificación, deberá gozar de validez con arreglo al ordenamiento jurídico designado por la normativa española de Derecho internacional privado. Salvo que el encargado del Registro conociera suficientemente la legislación extranjera de que se trate, los interesados deberán acreditar mediante la aseveración o informe de un notario o cónsul español, o de un diplomático, cónsul o autoridad competente del país cuya legislación resulte aplicable, entre otros medios, “el contenido y vigencia del Derecho extranjero en relación con la adecuación a éste de un hecho o acto, la observancia de las formas y solemnidades extranjeras y la aptitud y capacidad legal necesarias para el acto” (art. 100.1).

Y, finalmente, la inscripción derivada del referido documento de origen extrajudicial o certificación registral¹⁰²⁶, no deberá resultar manifiestamente incompatible con nuestro orden público interno.

Si la certificación registral extranjera no contuviera algún dato o circunstancia que debiera figurar en la inscripción correspondiente española, dichas omisiones o defectos formales que pudieran afectar a la autenticidad o realidad de los hechos que incorpora, podrán complementarse por los medios legales o convencionales oportunos, conforme prevé el artículo 98.3 de la ley.

Por último, hay que tener en cuenta que los trámites del *exequátur* o del reconocimiento incidental, no serán necesarios en el supuesto de que proceda la aplicación de normativa comunitaria o tratados e instrumentos internacionales, en cuyo caso, éstos prevalecerán sobre nuestra normativa interna, conforme resulta del artículo 94 de la Ley del Registro Civil, que otorga primacía a dichas normas, así como de la disposición final segunda de la Ley 29/2015, que modifica a su vez el contenido de la disposición final vigésima quinta de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en base a la cual “las resoluciones incluidas en el ámbito de aplicación del Reglamento (UE)

¹⁰²⁶ Si el contenido de dichas certificaciones registrales fuera un mera constatación registral de una previa resolución judicial, el título inscribible será ésta última, para lo cual se deberá proceder por la vía del *exequátur* o del reconocimiento incidental recogidos en el art. 96 mencionado anteriormente.

n.º 1215/2012¹⁰²⁷, y dictadas en un Estado miembro de la Unión Europea serán reconocidas en España sin necesidad de recurrir a procedimiento alguno”, bastando con acompañar a la solicitud de reconocimiento, los documentos prevenidos en el artículo 37 del mencionado Reglamento, es decir, una copia de la resolución, que reúna los requisitos necesarios para ser considerada auténtica y el certificado expedido conforme al modelo oficial que figura en el Anexo del Reglamento, debidamente traducidos, en su caso.

¹⁰²⁷ Reglamento (UE) No. 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Disponible en: <<https://www.boe.es/doue/2012/351/L00001-00032.pdf>>. Última consulta: 01/01/2016.

CAPÍTULO IX. DOCTRINA ADMINISTRATIVA Y JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA EN MATERIA DE INSCRIPCIÓN. LA INCIDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.

Es fundamental destacar el papel que ha jugado la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) en materia de inscripción registral de los nacidos por gestación subrogada en el extranjero.

La primera resolución relevante dictada por la DGRN en relación con dicho asunto, fue la de fecha 18 de febrero de 2009¹⁰²⁸, ante la negativa del encargado del Registro Civil consular de Los Ángeles -California- (EEUU) a practicar la inscripción del nacimiento de dos niños nacidos en el condado de San Diego el 24 de octubre de 2008 por gestación subrogada, hijos de un matrimonio formado por dos varones españoles, “alegando, básicamente, que los menores cuya inscripción se solicitaba eran consecuencia de “gestación por sustitución” prohibida por la legislación española, debiéndose considerar a la gestante como madre legal del niño”¹⁰²⁹.

Los padres intencionales presentaron un escrito solicitando dicha inscripción, al que adjuntaron los certificados de nacimiento de los niños y de los interesados, así como el libro de familia en el que figura que los comitentes contrajeron matrimonio en Valencia en el mes de octubre de 2005.

Mediante auto emitido en noviembre de 2008, el encargado del Registro Civil consular denegó la inscripción con invocación de la categórica prohibición de la gestación subrogada que resulta del artículo 10.1 de la LTRHA. Dicho auto fue recurrido por los comitentes ante la DGRN, solicitando la inscripción de los niños en el Registro Civil español.

La DGRN estimó el recurso, revocando el auto del Registro Civil

¹⁰²⁸ Res. DGRN de 18 de febrero de 2009, Registro Civil (EDD 2009/360261).

¹⁰²⁹ Tal y como expresa la sentencia del Juzgado de primera instancia e instrucción de Valencia, de 15 de septiembre de 2010 (EDJ 2010/262011), que veremos seguidamente.

consular apelado, y ordenó a éste practicar la inscripción del nacimiento de los niños, con las menciones de filiación que constaban en la certificación aportada, alegando que los nacimientos de sujetos españoles acaecidos en el extranjero, pueden ser objeto de inscripción a través de dos vías previstas específicamente por la legislación española a dichos efectos:

-en primer lugar, por la vía declarativa del artículo 168 del Reglamento del Registro Civil, que lleva al encargado del Registro Civil a proceder a un control de legalidad, tanto de la propia declaración, como de los hechos referidos en la misma. Dicho control de legalidad implicará, si nos encontramos ante elemento extranjero, la aplicación inexcusable de las normas de conflicto españolas¹⁰³⁰ que permitan concretar la legislación, española o extranjera, reguladora de los referidos hechos y declaraciones.

-y, en segundo lugar, también cabe la posibilidad de solicitar la inscripción a través de la presentación de una certificación registral extranjera dictada por una autoridad pública competente, de la que resulte el nacimiento y la filiación del niño. En este caso, será de aplicación el artículo 81 del Reglamento del Registro Civil que disciplina el acceso al Registro Civil español de dichas certificaciones a través de una solución legal completamente distinta. Considera la DGRN que el mecanismo técnico específico previsto en la norma para estos supuestos constituye una mera cuestión de control de legalidad de la “validez extraterritorial de decisiones extranjeras en España”, quedando excluida la aplicación de las normas españolas de conflicto de leyes y, en especial, el artículo 9.4 del Código Civil¹⁰³¹.

Este control de legalidad de la certificación registral extranjera implica la

¹⁰³⁰ Art. 12.6 CC “Los Tribunales y autoridades aplicarán de oficio las normas de conflicto del Derecho español”.

¹⁰³¹ Que establece que “la determinación y el carácter de la filiación por naturaleza se regirán por la ley de la residencia habitual del hijo en el momento del establecimiento de la filiación. A falta de residencia habitual del hijo, o si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación, se aplicará la ley nacional del hijo en ese momento. Si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación o si el hijo careciere de residencia habitual y de nacionalidad, se aplicará la ley sustantiva española”. Dicha norma de conflicto, conduciría a la aplicación de la legislación sustantiva española y, por tanto, al art. 10.1 LTRHA que establece la nulidad de la filiación derivada de un acuerdo de gestación subrogada.

necesidad de que dicha certificación cumpla con determinadas exigencias imperativas ineludibles para que pueda tener “fuerza en España”, pero no necesariamente que la solución proporcionada por la autoridad que la hubiera dictado, sea igual o idéntica a la que hubiera proporcionado una autoridad registral española ante dicho supuesto, ya que cada Estado dispone de su propio Derecho y su propio sistema de Derecho internacional privado.

Considera la DGRN que el hecho de no reconocer en España una situación jurídica legalmente creada y existente en otro país, “quebraría la coherencia de reglamentación de las situaciones privadas internacionales y su continuidad en el espacio”, siendo necesario para dar cumplimiento al derecho a la tutela judicial efectiva que una solución válidamente alcanzada en otro Estado sea segura, estable y continua¹⁰³², orientándose el Derecho internacional privado español, como regla general, hacia la admisión de los efectos jurídicos en España de dichas decisiones extranjeras, evitando también con ello el fomento de dobles procedimientos y respetando la economía procesal.

El criterio adoptado por la DGRN en cuanto a los requisitos de que se debe componer el control de legalidad son los siguientes:

1º. Que la certificación registral extranjera presentada a efectos de inscripción, sea un documento “público”, es decir, que hubiera sido dictada por autoridad extranjera y que, conforme resulta del artículo 323.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, “en el otorgamiento o confección del documento se hayan observado los requisitos que se exijan en el país donde se hayan otorgado para que el documento haga prueba plena en juicio”¹⁰³³ y, además, “contenga la legalización o apostilla y los demás requisitos necesarios para su

¹⁰³² A dichos efectos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha manifestado en su sentencia dictada por la Gran Sala el 19 de marzo de 1997, en el asunto “Hornsby v. Grecia” (Application 18357/91), que el derecho a un proceso equitativo implica el derecho de “acceso a un tribunal”, así como el derecho a una “ejecución efectiva de la decisión obtenida”, tal y como resalta la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009, cit.

¹⁰³³ Art. 323.2.1.º LEC2000.

autenticidad en España”¹⁰³⁴. Podrá también solicitarse que dichos documentos vengan acompañados de la correspondiente traducción, salvo que el encargado del Registro Civil le conste su contenido¹⁰³⁵.

2º. Que, conforme al artículo 85 del Reglamento del Registro Civil, “la certificación registral extranjera haya sido elaborada y adoptada por una autoridad registral extranjera que desempeñe funciones equivalentes a las que tienen las autoridades registrales española”, otorgando con ello garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la legislación española.

3º. Y, por último, que el acto contenido en la certificación registral extranjera no produzca efectos contrarios al orden público internacional español.

Con respecto a las certificaciones registrales extranjeras californianas presentadas por los comitentes españoles para la inscripción de los nacimientos de sus hijos en el Registro Civil consular de Los Ángeles, consideró la DGRN que no vulneraban el orden público internacional español, al no alterar el correcto y pacífico funcionamiento de la sociedad española, ya que: a) en Derecho español se admite la inscripción de la filiación a favor de dos sujetos varones en casos de adopción, por lo que igual puede suceder en el caso de los hijos naturales; b) en Derecho español se permite que la filiación natural de un hijo conste en el Registro Civil a favor de dos mujeres¹⁰³⁶, por lo que resultaría discriminatorio no permitir una inscripción en tal sentido a favor de dos varones; c) rechazar la inscripción vulneraría el interés superior del menor y el artículo 3 de la Convención sobre los derechos del niño¹⁰³⁷, al quedar privados los hijos de nacionalidad española de una filiación inscrita en

¹⁰³⁴ Art. 323.2.2.º LEC2000 y conforme asimismo se exige en el art. 88 RRC para, entre otros, los documentos expedidos por funcionario extranjero, a salvo de lo dispuesto en los Tratados internacionales.

¹⁰³⁵ Art. 86 RRC.

¹⁰³⁶ Art. 7.3 Ley 14/2006, que establece que “cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge”.

¹⁰³⁷ Que requiere a los Estados Parte adoptar cuantas medidas legislativas o administrativas fuera necesario para atender el interés superior de los niños, comprometiéndose a asegurar la protección y el cuidado que precisen para su bienestar.

el Registro Civil; d) los menores tienen derecho a disponer de una “identidad única” por encima de las fronteras estatales, es decir, 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”¹⁰³⁸; e) en Derecho español la filiación natural no se determina necesariamente por el hecho de la “vinculación genética” entre los sujetos implicados¹⁰³⁹, por lo que también cabe la inscripción de la filiación a favor de dos varones; f) no se puede afirmar que los promotores han incurrido en fraude de ley¹⁰⁴⁰, ya que no han alterado el punto de conexión de la norma de conflicto española para provocar la aplicación de otra legislación, en nuestro caso la californiana, con el fin de eludir la Ley imperativa española¹⁰⁴¹; y g) que es indudable que los contratos de gestación subrogada se hallan expresamente prohibidos en nuestra legislación vigente, pero que dicho precepto no es de aplicación en el caso, ya que en supuesto objeto de debate se trata de precisar, tan solo, “si una filiación ya determinada en virtud de una certificación registral extranjera puede acceder al Registro Civil español” y no la ejecución o cumplimiento del presunto contrato de subrogación de la que procede.

En definitiva, la DGRN da por sentado que la certificación registral presentada ante el encargado del Registro Civil consular de Los Ángeles

¹⁰³⁸ En línea con lo dispuesto en las STJUE, de la Gran Sala, de 2 de octubre de 2003, en el caso García Avello (EDJ 2003/86468), o de la Sala 11ª, de 14 de octubre de 2008, en el asunto Grunkin-Paul (EDJ 2008/172328), jurisprudencia que presenta un valor supracomunitario, al destacar el derecho a la identidad única referido a los menores en general, y no solo de los ciudadanos comunitarios. Pero es necesario señalar que dicha jurisprudencia no hace referencia expresa a los casos de gestación por sustitución.

¹⁰³⁹ Tal y como sucede al inscribir la filiación natural de un hijo a favor de dos mujeres en el Registro Civil, y tal y como sucede, aunque no lo mencione la resolución, al inscribir la filiación de un hijo concebido con gametos procedentes de donante masculino y femenino, o procedente de embriodonación, que tampoco tendría ninguna vinculación “genética” con las personas que figurarán en el Registro Civil como sus padres naturales.

¹⁰⁴⁰ No obstante, tal y como establece ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, “es fácil llegar a pensar que quienes viajan a un Estado cuyo Derecho permite fijar la filiación en base a una composición entre padres comitentes y madre portante o gestante, están sustrayéndose, sencillamente, a una norma imperativa del ordenamiento jurídico, de manera que su comportamiento tendría encaje tanto en el citado art. 12.4 como en la figura genérica del fraude de ley del art. 6.4 del Código Civil”. En ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L., “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de Ley y el correctivo de orden público internacional”. *Cuadernos de Derecho transnacional*, Vol. 6, Núm. 2 (Octubre 2014). Área de Derecho internacional privado de la Universidad Carlos III. Madrid, 2014. Pág. 5-49. Pág. 35.

¹⁰⁴¹ Ya que no se precisa que los comitentes cambien artificialmente su domicilio o nacionalidad, al no ser requisito necesario en base a la legislación californiana. En QUIÑONES ESCÁMEZ, A., “Doble filiación paterna...”, cit., pág. 19.

cumple escrupulosamente con los requisitos formales para la inscripción, y establece que, al no vulnerarse el orden público internacional español, “el interés superior del menor exige la continuidad espacial de la filiación y la coherencia internacional de la misma, así como un respeto ineludible del derecho a la identidad única de los menores que prevalece, en todo caso, sobre otras consideraciones” y que en la disyuntiva entre dejar sin filiación inscrita a unos menores que son indudablemente hijos de ciudadanos españoles, o permitir la inscripción de la filiación que resulta de la certificación californiana, siempre será preferible proceder a la inscripción en atención al principio de supremo interés del menor, independientemente de que los contratos de gestación subrogada estén expresamente prohibidos por la legislación española.

Finalmente, establece la resolución que no se precisa la determinación legal de la filiación de los nacidos, habida cuenta de que nos encontramos ante la inscripción del nacimiento y de la filiación de sujetos españoles, por haber nacido de progenitores españoles, no siendo necesario recurrir al artículo 9.4 del Código Civil, ni a la ley personal de los nacidos para acreditar de quién son hijos.

Dicha resolución de la DGRN fue criticada con dureza por una gran parte de la doctrina¹⁰⁴², al entender que practicar inscripción en el Registro Civil de los nacidos por gestación subrogada como hijos naturales de los comitentes sí es contrario al orden público internacional español y que, además, dicha inscripción propicia la comisión de un fraude de ley al dar vía libre a la posibilidad de sortear la prohibición contenida en el artículo 10 de la Ley

¹⁰⁴² Entre otros, OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., “Reconocimiento en España de...”, cit., pág. 215-217; ESPINAR VICENTE, J.M., “Nuevas reflexiones en torno a la heterodoxa doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado. La gestación por sustitución y el amparo a los actos en fraude de ley”. En ESPLUGUES MOTA, C. et al. (Coord.), *Nuevas fronteras al Derecho de la Unión Europea, Liber Amicorum José Luis Iglesias Buhigues*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2012. Pág. 589-599; BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R., “Hijos *made in California*”. *Aranzadi Civil*, Núm. 1. Aranzadi. Pamplona, 2009. Pág. 2117-2119; HEREDIA CERVANTES, I., “La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución”, *Anuario de Derecho Civil*. Tomo LXVI (2013, fasc. II). Ministerio de Justicia. Madrid, 2013. Pág. 696-701; o ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero”. *Anuario español de Derecho internacional privado*, tomo X. Marcial Pons. Madrid, 2010. Pág. 347-354.

14/2006, mediante el recurso a la gestación por sustitución en el extranjero.

No obstante, según QUIÑONES ESCÁMEZ¹⁰⁴³ pese a considerar que nos encontramos ante un supuesto de fraude a la norma de conflicto “si se atiende a la pretensión o a la situación jurídica en su conjunto como objeto del conflicto de calificaciones que subyace a la maternidad subrogada” y, en cualquier caso, un fraude a las leyes imperativas españolas, se trata de un fraude que “no lo corrompe todo”¹⁰⁴⁴, una ley de policía contractual que no supone una nulidad absoluta de efectos. Según dicha autora, en estos supuestos es necesario disociar la nulidad del contrato, ya sea total o parcial, de los efectos de la filiación, lo cual se halla incluso permitido en el artículo 10 LTRHA al admitir el establecimiento de la filiación biológica paterna derivada de estos procesos.

Por otra parte, la resolución también fue especialmente alabada por otro sector de la doctrina¹⁰⁴⁵, considerando que la resolución realiza una cuidada delimitación entre las normas de Derecho internacional privado que siguen el método conflictual, de aquellas otras que siguen el método del reconocimiento, proporcionando con ello una solución creativa al difícil supuesto de los contratos de gestación por sustitución que constituyen un hecho típico del siglo XXI¹⁰⁴⁶.

La resolución de 18 de febrero de 2009 fue recurrida en sede judicial por el Ministerio Fiscal, correspondiendo resolver por turno de reparto al Juzgado de primera instancia número 15 de los de Valencia, que así lo hizo con la sentencia 193/2010, de 15 de septiembre¹⁰⁴⁷.

¹⁰⁴³ Fraude que, según la autora, trae causa de la falta de límites internacionales en el acceso a la práctica de la gestación por sustitución con respecto a los extranjeros no residentes en California. En QUIÑONES ESCÁMEZ, A., “Doble filiación paterna...”, cit., pág. 19-20.

¹⁰⁴⁴ En sentido contrario al adagio de Derecho “*Fraus omnia corrumpit*”.

¹⁰⁴⁵ CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZALEZ, 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*, Vol. 1, Núm. 2 (Octubre 2009). Área de Derecho internacional privado de la Universidad Carlos III. Madrid, 2009. Pág. 294-319.

¹⁰⁴⁶ *Ibid.*, pág. 319.

¹⁰⁴⁷ Sentencia del Juzgado de primera instancia nº 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010, nº 193/2010 (EDJ 2010/262011).

En la sentencia, tras mencionar punto por punto los distintos argumentos aportados por la DGRN en la resolución objeto de impugnación, estimó que la cuestión que debía examinarse en el asunto radicaba en determinar si era o no de aplicación el artículo 10 de la Ley 14/2006.

Consideró que la DGRN basaba su decisión en la aplicación del artículo 81 del Reglamento del Registro Civil para determinar el alcance del examen de fondo de la certificación extranjera, pero obviando que debe tenerse en cuenta el contenido del artículo 23 de la Ley del Registro Civil, con mayor valor normativo que el Reglamento del Registro Civil. De dicho artículo resulta que podrá practicarse la inscripción en el Registro Civil español de certificaciones extendidas por registros extranjeros, pero tras comprobar la realidad del hecho inscrito, así como que la inscripción que se pretende es conforme con la legislación española, “es decir, que en caso de que el hecho hubiera ocurrido en España se consideraría legal”¹⁰⁴⁸.

En relación con el caso que nos ocupa, considera la sentencia, en primer lugar que, aunque formalmente es cierto que los padres de los menores cuya inscripción se pretende son los solicitantes, ya que así consta en la certificación californiana, ello es biológicamente imposible, por lo que surge una duda fundada acerca de la realidad del hecho inscribible. Y, en segundo lugar, dado que la Ley 14/2006 es una ley española, el encargado del Registro Civil está compelido a examinar si la certificación vulnera o no el contenido de dicha ley y, al estar prohibida la gestación por sustitución en nuestro país, deberá impedir el acceso al Registro de la inscripción intentada.

A continuación, en el fundamento de derecho cuarto, el órgano jurisdiccional se encarga de rebatir uno a uno cada argumento de la resolución de la DGRN, estableciendo: a) que no es válido el silogismo por el que, si “los hijos adoptados pueden tener dos hijos varones y la ley no distingue entre hijos adoptados e hijos naturales, los hijos naturales deben poder tener dos padres

¹⁰⁴⁸ Se ponen como ejemplos en la sentencia, que en países como Colombia la edad mínima exigida a las mujeres para poder contraer matrimonio es de 12 años, pero que un matrimonio contraído entre una mejor de dicha edad y un español no podría acceder al Registro Civil español, como tampoco los matrimonios poligámicos que sí son legales en otros países.

varones naturales”, ya que “los varones no pueden, en el estado actual de la ciencia, concebir ni engendrar”; b) tampoco resulta sostenible que sea discriminatorio el no permitir la inscripción de la filiación por naturaleza a favor de dos varones resultante de un acuerdo de gestación subrogada, puesto que la misma consecuencia jurídica sería de aplicación a hombres o mujeres solos, parejas de mujeres o parejas heterosexuales, aunque es cierto que en estos últimos casos el problema podría radicar en una mayor dificultad para detectar que la filiación procede de la subrogación; c) que la afirmación de que la no inscripción de los menores en el Registro Civil español resulta contraria al interés superior del menor, al privárseles de su derecho a una identidad única, si bien es acertada, “el fin no justifica los medios”, ya que el ordenamiento jurídico español ofrece vías alternativas e instrumentos suficientes que permiten lograr el resultado pretendido, es decir, la inscripción de la filiación a favor de los dos padres varones; y d) que es discutible la ausencia de “fórum shopping fraudulento” por parte de los comitentes, ya que la única justificación posible para que los comitentes hayan acudido a California para ser padres, es por ser conocedores de que en España la gestación por sustitución se halla prohibida y que no podrían haber intentado la inscripción de los niños nacidos en nuestro país como hijos naturales de ambos.

Por todos estos motivos, el Juzgado de primera instancia estimó la demanda interpuesta por el ministerio fiscal contra la resolución de la DGRN, y deja sin efecto la inscripción de los nacimientos por ella ordenada.

A los pocos días de dictarse la mencionada sentencia y ante la gran controversia a que dio lugar la resolución del año 2009, la DGRN, dentro de sus competencias de ordenación y dirección, dictó la Instrucción de 5 de octubre de 2010¹⁰⁴⁹, con la intención de matizar su postura en materia de régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución y endureciendo su criterio inicial que era más permisivo.

¹⁰⁴⁹ 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. «BOE» núm. 243, de 7 de octubre de 2010.

La Instrucción establece ciertos criterios que determinan las condiciones de acceso al Registro Civil español de los nacidos en el extranjero a través de esta técnica, aplicables a aquellos casos en que al menos uno de los progenitores tenga nacionalidad española, no se pretenda dotar de apariencia de legalidad un supuesto de tráfico internacional de menores y no se haya vulnerado el derecho del menor a conocer su origen biológico. Ello, con la finalidad de aportar plena protección jurídica al interés superior del menor, así como a los restantes intereses presentes en la gestación subrogada, especialmente, las mujeres que se prestan a dicha técnica de reproducción asistida “renunciando a sus derechos como madres”¹⁰⁵⁰.

Con fundamento en las reglas generales sobre determinación de la filiación a que remite el artículo 10.3 de la Ley 14/2006 y con la finalidad de facilitar la continuidad transfronteriza de las relaciones de filiación declaradas por Tribunales extranjeros, establece y hace públicas las siguientes directrices:

1º. Para poder inscribir el nacimiento de un menor alumbrado en el extranjero como consecuencia de un acuerdo de gestación por sustitución, deberá acompañarse a la solicitud de inscripción una resolución judicial dictada por Tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido.

Si dicha resolución tuviera su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, bastará con que el encargado del Registro Civil, como requisito previo a la inscripción, efectúe un control incidental de la resolución judicial, para lo que deberá constatar: a) la regularidad y autenticidad formal de la resolución o de cualquier otro documento que se hubiera presentado junto con la solicitud; b) que el Tribunal extranjero hubiera

¹⁰⁵⁰ CERDÀ SUBIRACHS considera que la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 conlleva “una introducción de la maternidad subrogada en España por la vía indirecta”, esto es, la “legalización *de facto* de la maternidad subrogada contratada en el extranjero, lo que supone limitar el acceso a los más pudientes y crea, con ello, una situación de agravio difícilmente sostenible en el tiempo”. Para este autor, ello supone dejar sin efecto la prohibición en torno a esta figura que resulta de la LTRHA y constituye “la antesala del reconocimiento de la maternidad subrogada”, puesto que el legislador deberá reaccionar frente a la situación de falta de equidad creada en la práctica, que difícilmente se podrá solventar mediante una marcha atrás y, aún menos, retrotrayendo las situaciones creadas hasta el momento. En CERDÀ SUBIRACHS, J., “La insostenible legalización...”, cit., pág. 5-6.

basado su competencia en criterios equivalentes a los contenidos en la legislación española; c) que se hayan garantizado los derechos procesales de las partes, especialmente, de la gestante; d) que no haya existido una vulneración del interés superior del menor ni de los derechos de la gestante, debiendo verificar que su consentimiento se ha prestado “de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia y que tiene capacidad natural suficiente”; y e) que se trata de una resolución firme y que los consentimientos prestados son irrevocables, o que haya transcurrido el plazo para revocarlos sin que quien tuviera reconocida la facultad de revocación hubiese procedido a ello, en caso de que en la legislación extranjera estuviese prevista dicha posibilidad¹⁰⁵¹.

Por el contrario, si la resolución no tuviera origen en un procedimiento de jurisdicción voluntaria, será necesario instar el *exequátur*¹⁰⁵² de la decisión ante los Juzgados de primera instancia españoles, y acompañar a la solicitud de inscripción del nacimiento, el auto judicial que ponga fin al mencionado procedimiento de *exequátur*.

2º. No se admitirá en ningún caso como título apto para efectuar la inscripción del nacimiento y de la filiación del menor, una “certificación extranjera o la simple declaración¹⁰⁵³”, acompañada de certificación médica

¹⁰⁵¹ JIMÉNEZ MUÑOZ considera que el hecho de establecer dichos requisitos que deberán estar presentes en el proceso de gestación por sustitución objeto del reconocimiento incidental, supone estar hablando de contratos de “maternidad subrogada” nulos y “menos nulos”, lo cual considera completamente insostenible. En JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J., *La reproducción asistida y...*, cit., pág. 136-137.

¹⁰⁵² Salvo si la resolución procede de un Estados Miembros de la UE (excepto Dinamarca), que están eximidos de legalización ni formalidad análoga alguna, en base a lo dispuesto en el Reglamento (CE) No 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) No 1347/2000 («DOUE» de 23 de diciembre de 2003). O si la resolución procede de un país no comunitario y resultara de aplicación un Convenio internacional bilateral suscrito con España.

¹⁰⁵³ Tal y como se pretendía en el supuesto que resulta de la Res. DGRN de 15 de abril de 2013, Registro Civil (EDD 2013/166538), en la que un matrimonio intentó la inscripción en el Registro Civil central del nacimiento de sus hijos gemelos ocurrido en California, por la mera transcripción de las partidas de nacimiento del niño y de la niña, las cuales aportaron debidamente legalizadas y traducidas. El Registro Civil central requirió a los solicitantes acreditar su condición de progenitores biológicos, mediante parte de alumbramiento, de seguimiento del embarazo y otros documentos, aportando los promotores documentación insuficiente para disipar las dudas fundadas del encargado del Registro. Ante la incerteza con respecto a la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la legislación española,

relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante”. Con ello, la DGRN se aparta del criterio aplicado en la resolución de 18 de febrero de 2009¹⁰⁵⁴.

Por tanto, en lo sucesivo y a efectos de inscripción de los nacidos por gestación subrogada en el extranjero, se exigirá la aportación de una resolución judicial extranjera en la que se determine la filiación del nacido acompañada del auto judicial que concluya el *exequátur*, o bien someter dicha resolución extranjera a un control de legalidad efectuado por el encargado del Registro Civil, que procederá a verificar la concurrencia de todos los mencionados requisitos de riguroso cumplimiento¹⁰⁵⁵. Por el contrario, si se solicita la inscripción sin presentar dicha resolución judicial susceptible de reconocimiento incidental o por *exequátur*, el encargado correspondiente del Registro Civil procederá a denegar la inscripción.

Las directrices marcadas por la Instrucción han sido seguidas tanto por numerosas resoluciones posteriores de la DGRN¹⁰⁵⁶, como por la

por presumir el ministerio fiscal que el nacimiento procedía de gestación por sustitución, la DGRN no dio por acreditada la filiación biológica con respecto a los supuestos progenitores, desestimando el recurso presentado por los mismos y confirmando la resolución apelada.

¹⁰⁵⁴ Ello es criticado por BENAVENTE MOREDA al considerar que el art. 23 LRC1957 sí permite practicar inscripciones “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 registrales”, por lo que no puede una Instrucción, con rango inferior, exigir una resolución judicial no prevista en la Ley. En BENAVENTE MOREDA, P., “La filiación de los hijos de parejas, casadas o unidas de hecho, del mismo sexo. La situación legal y jurisprudencial actual”, *ADC (Anuario de Derecho Civil)*, Vol. 64, Núm. 1. Ministerio de Justicia. Madrid, 2011. Pág. 111-114.

¹⁰⁵⁵ JIMÉNEZ MUÑOZ ha criticado el contenido de la Instrucción al considerar que viene a respaldar el fraude de ley derivado del turismo reproductivo, ya que conseguir una resolución judicial extranjera que determine la filiación del niño a favor de un ciudadano español, bastaría para lograr una inscripción “automática” de dicha filiación. En JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J., *La reproducción asistida y...*, cit., pág. 138.

¹⁰⁵⁶ Como las resoluciones de la DGRN que han estimado los recursos interpuestos por los recurrentes ordenando la inscripción de los respectivos nacimientos al encargado del Registro Civil consular de Los Ángeles, como la Res. DGRN de 3 de mayo de 2011, Registro Civil (EDD 2011/358204), la Res. DGRN de 6 de mayo de 2011, Registro Civil (EDD 2011/358205), la Res. DGRN de 9 de junio de 2011, Registro Civil (EDD 2011/358667), la Res. DGRN de 9 de junio de 2011, Registro Civil (EDD 2011/358668), la Res. DGRN de 23 de septiembre de 2011, Registro Civil (EDD 2011/360049), la Res. DGRN de 23 de septiembre de 2011, Registro Civil (EDD 2011/360045), o la Res. DGRN de 30 de noviembre de 2011, Registro Civil (EDD 2011/371175). También las resoluciones en el mismo sentido relativas al Registro Civil consular de Chicago, como son, la Res. DGRN de 6 de mayo de 2011, Registro Civil (EDD 2011/358209) o la Res. DGRN de 27 de junio de 2011, Registro Civil (EDD 2011/358670). La Res. DGRN de 22 de diciembre de 2011, Registro Civil (EDD 2011/371513), del Registro Civil

jurisprudencia, que la ha venido citando tanto en procedimientos de solicitud de *exequátur*¹⁰⁵⁷, como en procesos en los que se carece de la preceptiva resolución judicial a efectos de inscripción del nacimiento y de la filiación¹⁰⁵⁸.

Continuando con el *iter* procesal que se inició con la resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009, la Audiencia Provincial de Valencia dictó la sentencia 826/2011, de 23 de noviembre¹⁰⁵⁹, por la que resolvía el recurso de apelación interpuesto por los demandados contra la mencionada sentencia del Juzgado de primera instancia número 15 de Valencia.

Basándose en motivos similares a los expuestos en la sentencia de instancia recurrida, la Audiencia reitera el principio de jerarquía normativa reconocido en el artículo 9.3 de la Constitución española, en base al cual no puede invocarse el contenido de los artículos 81 o 85 del Reglamento del Registro Civil a efecto de desplazar lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley del Registro Civil que exige practicar un control de legalidad previo a la inscripción de la certificación extranjera con el fin de determinar la realidad del hecho inscrito y su conformidad con la legislación española.

También considera la sentencia que la certificación californiana no es susceptible de inscripción en el Registro Civil español al vulnerar el hecho que documenta el orden público internacional español, dado que afecta a principios tales “como el que la persona humana no puede ser objeto del comercio de los

consular de Colorado, o la Res. DGRN de 12 de diciembre de 2011, Registro Civil (EDD 2011/371514), correspondiente a Ohio, entre otras. Y también la Res. DGRN de 16 de enero de 2015, Registro Civil (EDD 2015/277313), que ordena la inscripción solicitada al encargado del Registro Civil central y basada en una resolución judicial dictada por el Tribunal Superior del Estado de California, a la que el citado encargado se negaba por solicitar a los promotores que aportasen el *exequátur* de la sentencia mencionada, lo cual no hizo falta.

¹⁰⁵⁷ Como en el auto del Juzgado de primera instancia e instrucción nº 1 de Pozuelo de Alarcón, de 25 de junio de 2012, nº autos 285/2012 (EDJ 2012/336814), por el que se estima la demanda y se acuerda el *exequátur* en reconocimiento de la sentencia extranjera dictada por el Tribunal Superior de Justicia de California -Condado de San Diego- (EEUU), en un procedimiento jurisdiccional de reconocimiento de maternidad en ausencia de paternidad, al parecer contencioso, por el que se declara a la comitente madre legal y único progenitor de sus dos hijos nacidos en California.

¹⁰⁵⁸ Como en las sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Madrid, sec. 1ª, de 21 de diciembre de 2015, nº 1223/2015, rec. 638/2015 (EDJ 2015/267955) y sec. 1ª, de 20 de junio de 2016, nº 350/2016, rec. 1173/2015 (EDJ 2016/133671), que veremos más adelante.

¹⁰⁵⁹ Sentencia de la AP de Valencia, sec. 10ª, de 23 de noviembre de 2011, nº 826/2011, cit.

hombres, o lo que es lo mismo, que el niño no puede ser objeto de transacción, así la propia dignidad de la persona”. Estima, asimismo, que el artículo 10 de la Ley 14/2006 puede constituir, incluso, una norma de policía del Estado español esencial para salvaguardar los intereses públicos del país, como son su organización política, social o económica.

No considera, sin embargo, que los recurrentes hayan optado por alterar el punto de conexión de la norma de conflicto para eludir la ley imperativa española (art. 12.4 CC), pero sí que hayan huido de ella, desplazando a las autoridades californianas la facultad de determinar la filiación a favor de los comitentes derivada de un contrato de gestación subrogada permitido en dicho Estado.

No admite que la equiparación que efectúan los recurrentes “entre el supuesto que nos ocupa y los casos de instituciones no admisibles en Derecho español que, sin embargo, producen determinados efectos derivados de ellas, como es el caso de la poligamia, que puede dar lugar a la percepción de pensiones de viudedad¹⁰⁶⁰”, puesto que dichos efectos deben considerarse como excepcionales y periféricos, mientras que la inscripción de la filiación en el caso de la gestación por sustitución constituye precisamente la causa y objeto del contrato y, por tanto, “la esencia de la institución prohibida”.

Tampoco aprecia una infracción de los principios de igualdad y de prohibición de discriminación por razón de sexo. Ello porque, con respecto al primero, “no puede considerarse discriminatorio el tratar desigualmente lo que es desigual”, ya que las parejas formadas por dos mujeres pueden llevar a cabo la gestación por sí mismas, no necesitando recurrir a otra mujer a la que encomendar la gestación como sucede en el caso de los hombres. Y con respecto al segundo, el mismo resultado aplicable a este caso se habría

¹⁰⁶⁰ Ahora bien, es necesario matizar que tan solo procede excepcionalmente el derecho a percibir pensiones de viudedad en casos de poligamia, pese a ser contraria al orden público y a nuestro ordenamiento civil, con respecto a los trabajadores nacionales de Marruecos o de Túnez, en base a sendos acuerdos bilaterales suscritos con España en los años 1979 y 2001, respectivamente, en los que se pactó el compromiso de prorratear dicha prestación entre quienes fueran sus esposas, tal y como se establece en la sentencia dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña, de 25 de abril de 2016, nº 2508/2016, rec. 768/2016 (Id Cendoj: 08019340012016101790), que denegó la prestación a una nacional de Gambia.

aplicado a cualquier persona que hubiese recurrido a la subrogación, independientemente de su sexo.

Finalmente, consideró que, aunque los demandados alegaron que la certificación californiana había sido expedida por orden de una previa decisión judicial, la misma no se aportó en ningún momento al procedimiento, por lo que no podían acogerse a la inscripción conforme a lo dispuesto en la Instrucción de la DGRN del año 2010.

La satisfacción del principio del interés superior del menor y su derecho a una identidad única, no puede conseguirse mediante la infracción de la ley, y más, cuando la propia legislación española ofrece vías para que los demandados logren inscribir a su favor la filiación de sus hijos.

Por todos estos motivos, la Audiencia Provincial desestimó finalmente el recurso de apelación interpuesto por los recurrentes, confirmando íntegramente la sentencia del Juzgado de primera instancia recurrida.

Los comitentes, no conformes con dicha sentencia, continuaron litigando e interpusieron un recurso de casación ante el Tribunal Supremo que se articulaba en torno a un único motivo “infracción del artículo 14 de la Constitución, por vulneración del principio de igualdad, en relación con el derecho a la identidad única de los menores y al interés superior de los menores consagrado en la Convención de Derechos del Niño, hecha en Nueva York el 2 de noviembre de 1989”. Para ello, se basaba en tres argumentos: a) que no permitir la inscripción de la filiación por naturaleza a favor de dos varones resulta discriminatorio; b) que privar de su filiación a los niños vulnera su interés superior y su derecho a una identidad única que debe ser respetada por encima de fronteras nacionales; y c) que reconocer la filiación determinada en la certificación californiana no contradice el orden público internacional español, pues solo se pretende efectuar dicha inscripción en el Registro Civil español “que es una consecuencia última y periférica del contrato”.

El conocimiento del asunto fue sometido al Pleno del Tribunal Supremo,

dando lugar a la sentencia 835/2013, de 6 de febrero de 2014¹⁰⁶¹, la cual contiene el voto particular del magistrado Don José Antonio Seijas Quintana.

En cuanto al primer aspecto, considera el Tribunal, al igual que lo hizo la Audiencia Provincial, que la previsión legal que permite la inscripción de la filiación por naturaleza a favor de dos mujeres (art. 7.3 LTRHA), y no de dos varones, se basa en que aquéllas pueden llevar a cabo la gestación por sí mismas, mientras que no éstos, existiendo, por tanto, una desigualdad sustancial entre ambos supuestos de hecho que les atribuye consecuencias legales distintas, lo cual no puede considerarse un trato discriminatorio.

Además, el motivo de la denegación de la inscripción solicitada no trae causa en el hecho de que ambos sean varones, sino por la invocación de la prohibición de la gestación por sustitución, de la que trae causa el nacimiento del niño cuya inscripción se pretende, por lo que la consecuencia jurídica hubiese sido la misma ante matrimonios integrados por dos mujeres, matrimonios heterosexuales, uniones de hecho o una sola persona, hombre o mujer.

Respecto del segundo argumento de los recurrentes, relativo a una vulneración del interés superior del menor, establece el Tribunal que el deber general de protección del interés superior del menor no permite a los jueces alcanzar cualquier resultado para su logro, sino que deben hacerlo interpretando y aplicando la ley y colmando sus lagunas, no pudiendo suplir la labor que corresponde al poder legislativo.

El interés superior del menor constituye, además, un concepto jurídico indeterminado, es decir, “una cláusula general susceptible de concreción que el propio legislador introduce conscientemente para ampliar los márgenes de la ponderación judicial”, lo que lo convierte, a su vez, en un “concepto esencialmente controvertido”, al no existir unanimidad social sobre su criterio normativo, pudiendo estar disconformes distintos sectores o sensibilidades

¹⁰⁶¹ STS nº 835/2013, Sala 1ª, Pleno, de 6 de febrero de 2014, rec. 245/2012 (Id Cendoj: 28079119912014100001). Pte. Rafael Sarazá Jimena.

sociales sobre su contenido concreto.

Algunos, como es el caso de los recurrentes, pueden considerar que la única forma en que el interés superior del menor quedará protegido será mediante el reconocimiento de la filiación derivada de la certificación registral californiana. Mientras que otros pueden considerar que establecer una filiación que contradiga los criterios legales previstos en la legislación española para su determinación, también puede suponer un claro perjuicio para el menor.

El Supremo, ponderando los criterios establecidos en el ordenamiento jurídico para tratar de obtener la solución que menos perjudique a los menores, concluye al respecto que ante una acción de impugnación de la filiación, el Código Civil permite no sustituir inmediatamente por otra una filiación que se declare contraria al ordenamiento jurídico.

Por otra parte, no estima que en nuestro caso exista un riesgo real de vulneración del derecho a una identidad única, ya que al contrario de lo que sucedía en las sentencias del TJUE en los asuntos *García Avelló*¹⁰⁶² y *Grunkin-Paul*¹⁰⁶³ invocadas por los recurrentes, en las que, al tener los menores vinculación efectiva con dos estados distintos, el derecho a gozar de una identidad única que vaya más allá de las fronteras nacionales entraba en conflicto con el principio de inmutabilidad o estabilidad de los apellidos. Sin embargo, en nuestro supuesto, tal y como establece el Tribunal, los menores no parecen tener una vinculación con Estados Unidos más allá de haber sido el lugar al que los comitentes se desplazaron para concertar el contrato de subrogación y la consiguiente gestación, parto y entrega de los niños, al estar dicha práctica prohibida en España.

Tampoco considera que se esté vulnerando el derecho al respeto de la vida privada y familiar del menor, reconocido en el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos y de las Libertades

¹⁰⁶² STJUE, Gran Sala, de 2 de octubre de 2003, en el caso *García Avello* (EDJ 2003/86468).

¹⁰⁶³ STJUE, Sala 11ª, de 14 de octubre de 2008, en el asunto *Grunkin-Paul* (EDJ 2008/172328).

Fundamentales¹⁰⁶⁴.

Ello, lo fundamenta en que considera cumplidos en el presente caso los dos requisitos que justifican una posible injerencia en la vida familiar de los menores: a) se halla prevista en la Ley¹⁰⁶⁵; y b) es necesaria en una sociedad democrática, ya que ello también va dirigido a proteger el propio interés del menor, así como la dignidad e integridad moral de la gestante, a evitar la explotación del estado de necesidad en que pueden encontrarse determinadas mujeres en situación de pobreza, e impide la mercantilización de la gestación y de la filiación. Sin embargo, manifiesta¹⁰⁶⁶ que dichos dos requisitos resultan de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 28 de junio de 2007, en el asunto Wagner y J.M.W.L. contra Luxemburgo¹⁰⁶⁷, cuando en la misma eran los tribunales luxemburgueses quienes se apoyaban en el orden público para justificar la injerencia en el derecho a la vida privada y familiar, y denegar por ello el *exequátur* de una sentencia de adopción emitida en Perú de una niña declarada en situación de abandono a quién la señora Wagner había adoptado. Pese a que la adoptante y la adoptada habían estado conviviendo durante varios años como una unidad familiar en Luxemburgo¹⁰⁶⁸, sus juzgadores justificaban la negativa a la inscripción de la filiación a favor de la adoptante en que el artículo 367 del Código Civil de Luxemburgo prohíbe a los solteros adoptar en forma plena¹⁰⁶⁹.

De hecho, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no encontró

¹⁰⁶⁴ Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Hecho en Roma, el 4 de noviembre de 1950. Publicado por Resolución de 5 de abril de 1999, de la Secretaría General Técnica, por la que se hacen públicos los textos refundidos de dicho Convenio; el Protocolo Adicional al Convenio, hecho en París el 20 de marzo de 1952; y el Protocolo número 6, relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, hecho en Estrasburgo el 28 de abril de 1983. «BOE» núm. 108, de 6 de mayo de 1999.

¹⁰⁶⁵ Tal y como resulta del art. 12.3 CC que establece que “En ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público”.

¹⁰⁶⁶ En el apartado 10 de su fundamento de derecho QUINTO.

¹⁰⁶⁷ *Case of Wagner and J.M.W.L. v. Luxembourg (Application no. 76240/01)*, 28 June 2007. *European Court of Human Rights (First Section)*.

¹⁰⁶⁸ ROCA TRIAS, E., *Especialidades en Derecho de familia*. Dykinson. Madrid, 2014. Pág. 19.

¹⁰⁶⁹ ARENAS GARCÍA, R. y GONZÁLEZ BEILFUSS, C., “La Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional: entre la realidad y el deseo”, *Revista electrónica de estudios internacionales* (on-line), Núm. 17 (junio 2009). Asociación Española de Profesores de Derecho internacional y Relaciones internacionales, 2009. Disponible en: <<http://www.reei.org/index.php/revista/num17/articulos/ley-542007-28-diciembre-adopcion-internacional-entre-realidad-deseo>>. Última consulta: 01/04/2017. Pág. 5.

ningún motivo que justificase el rechazo al *exequátur* reclamado por la señora Wagner, y recordó “que debe ser el interés superior del menor el que debe primar siempre en este tipo de asuntos”¹⁰⁷⁰.

El TEDH concluyó que los jueces luxemburgueses no podían ignorar el estatus jurídico que se había creado válidamente en el extranjero y recordó que es el interés superior del menor el que debe primar en todo caso en este tipo de asuntos¹⁰⁷¹.

Es más, conforme al caso Wagner, “cuando exista un lazo familiar con un niño, el Estado debe actuar para permitir que este ligamen se desarrolle y se acuerde una protección jurídica que haga posible al máximo la integración del menor en su familia”¹⁰⁷², por lo que la negativa a otorgar el *exequátur* a la sentencia peruana, suponía una violación del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, no quedando justificada la injerencia basada en el orden público por este motivo.

Sin embargo, en el supuesto del presente recurso no tenía por objeto, ya que en la acción en su día ejercitada tampoco se planteó, adoptar una decisión sobre si existía una verdadera integración *de facto* de los niños en la familia constituida por los comitentes. Tampoco quedó probado si alguno de los comitentes había aportado sus gametos.

Y en tercer lugar, con respecto al reconocimiento de la certificación extranjera y el orden público internacional español, se estima que, conforme al artículo 23 de la Ley sobre el Registro Civil de 1957, el procedimiento para reconocer en España la decisión administrativa extranjera que deberá efectuar el encargado del Registro Civil español, no puede limitarse a aspectos formales, sino que deberá extenderse a cuestiones de fondo relativas a que no se alberguen dudas fundadas acerca de la realidad del hecho inscrito y que

¹⁰⁷⁰ TORROJA MATEU, H. y BONDIA GARCIA, D., “Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (junio-octubre 2007)”, *ADC (Anuario de Derecho Civil)*, Vol. 61, Núm. 1. Ministerio de Justicia. Madrid, 2008. Pág. 284.

¹⁰⁷¹ *Ibid.*, pág. 284.

¹⁰⁷² ROCA TRIAS, E., *Especialidades en...*, cit., pág. 19.

éste sea conforme a la Ley española. Dicha “legalidad conforme a la Ley española” implicará el necesario respeto a las normas, principios y los valores que componen el orden público internacional de nuestro país. Y continua diciendo sumamente claro el Tribunal que “la filiación cuyo acceso al Registro Civil se pretende es frontalmente contraria a la prevista en el art. 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida y, como tal, incompatible con el orden público, lo que impide el reconocimiento de la decisión registral extranjera en lo que respecta a la filiación que en ella se determina”¹⁰⁷³.

Tampoco se acepta el argumento relativo a que la inscripción pretendida constituye tan solo una consecuencia ‘periférica’ del contrato, ya que dicha filiación es precisamente el fin último del contrato de subrogación

Pese al fallo en sentido desestimatorio del recurso de casación, el Tribunal instó al Ministerio Fiscal para que, conforme a las funciones que le atribuye su Estatuto Orgánico, ejercitase las acciones oportunas para proteger a los menores y determinar, en la medida de lo posible, su correcta filiación, teniendo en cuenta la efectiva integración *de facto* en su núcleo familiar.

Con respecto al voto particular formulado en la sentencia por Don José Antonio Seijas Quintana y al que se adhieren otros tres magistrados, éstos discrepan con los criterios mayoritarios adoptados por la Sala y estiman que debe casarse la sentencia recurrida, revocarse la del Juzgado y mantener la inscripción practicada en el Registro Civil por diversos motivos.

En cuanto al procedimiento para la inscripción de la certificación registral californiana, porque consideran que la técnica jurídica aplicable no es la del conflicto de leyes del artículo 23 de la Ley sobre el Registro Civil, sino el reconocimiento incidental previsto en el artículo 81 de su Reglamento.

En lo que respecta a la vulneración del orden público, estiman los magistrados que éste no debe valorarse desde la perspectiva de la legalidad o no del contrato conforme a nuestra normativa interna, sino desde la especial

¹⁰⁷³ En el apartado 10 de su fundamento de derecho TERCERO.

consideración que merece la tutela del interés superior del menor que también es una cuestión de orden público. Consideran que dicho orden público como motivo de rechazo al reconocimiento de la certificación extranjera, se tiene en cuenta en algunos casos y se niega a otros, ya que en la práctica ha servido y está sirviendo, de forma directa, para permitir numerosas inscripciones de nacimiento y filiación de menores nacidos en el extranjero a través de la gestación por sustitución, así como para reconocer ciertos efectos en nuestro ordenamiento referidos a prestaciones por paternidad o por maternidad a favor de los comitentes, como veremos.

En cuanto a la afirmación efectuada en la sentencia relativa a una posible vulneración de la dignidad de la gestante y del niño “mercantilizando la gestación y la filiación, ‘cosificando’ a la mujer gestante y al niño, permitiendo a determinados intermediarios realizar negocio con ellos, posibilitando el estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes y creando una especie de ‘ciudadanía censitaria’ en la que solo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría de la población”¹⁰⁷⁴, consideran los disidentes que no se puede generalizar al respecto y, menos, cuando el proceso se ha llevado a cabo en un país como los Estados Unidos. Además, porque no se debe subestimar sin más el consentimiento de la gestante, prestado ante una autoridad judicial competente, y encontrándonos ante un acuerdo libre y voluntario, difícilmente será objeto de cosificación o explotación y el interés del menor no se verá perjudicado al nacer en el seno de una familia que lo quiere.

Tras la sentencia del Tribunal Supremo español de febrero de 2014, el 26 de junio de 2014 el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)¹⁰⁷⁵,

¹⁰⁷⁴ En el voto particular, haciendo referencia a la manifestación contenida en el apartado 6 del fundamento de derecho TERCERO de la sentencia.

¹⁰⁷⁵ Recordemos que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con sede en Estrasburgo, no es un órgano jurisdiccional de la UE, sino un Tribunal internacional creado en el marco del Consejo de Europa para proteger el cumplimiento por los Estados parte del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Actúa a instancia de dichos Estados, pero también frente a demandas interpuestas individualmente por cualquier persona que considere vulnerados sus derechos reconocidos en el Convenio, tanto si es ciudadano de un Estado parte, como si se halla bajo la jurisdicción del mismo, pero tras haber agotado previamente las instancias jurisdiccionales previas en el Estado en que se hubiera producido la violación. La jurisprudencia de este

dictó sendas sentencias en los casos *Menesson*¹⁰⁷⁶ y *Labassee*¹⁰⁷⁷ contra Francia, por las que condenó a este país a efectuar la inscripción de los niños nacidos por gestación subrogada que resultan de tales casos.

Las mencionadas sentencias, cuyos fundamentos jurídicos en buena parte coinciden, suponen el primer pronunciamiento del TEDH sobre el alcance y la trascendencia en el establecimiento de la gestación por sustitución.

En ambos casos, los recurrentes son dos matrimonios heterosexuales que suscribieron en Estados Unidos (California y Minnesota) sendos contratos de gestación por sustitución, por implantación en el útero de las gestantes de los embriones creados con el material genético de ambos padres intencionales, por lo que nos encontramos con sendos supuestos de gestación subrogada gestacional¹⁰⁷⁸. En el caso de la familia *Menesson* nacieron dos gemelos, y en la familia *Labassee* una niña.

Cuando las familias regresaron a Francia, solicitaron el reconocimiento de la filiación por parte de las autoridades francesas, en base a los certificados de nacimiento en que los padres de intención constaban a todos los efectos como padres legales de los menores nacidos.

Pero en Francia se les denegó por completó la constatación de los nacimientos en el Registro Civil, por considerar que el reconocimiento atentaba contra el orden público internacional francés al estar la gestación por sustitución prohibida en el referido país Francia, pero sin apartar a los niños de los padres intencionales, por lo que habían podido vivir en Francia como verdaderas uniones familiares, aunque sin serles reconocida la nacionalidad

Tribunal, pese a no tratarse de un órgano jurisdiccional de la UE como tal, tiene una notable influencia en el Derecho de la Unión Europea.

¹⁰⁷⁶ *Case of Mennesson v. France (Application no. 65192/11)*, 26 June 2014. *European Court of Human Rights (Fifth Section)*.

¹⁰⁷⁷ *Arrêt en l'affaire Labassee c. France (Requête no 65941/11)*, 26 juin 2014. *Cour européenne des droits de l'homme (Cinquième Section)*.

¹⁰⁷⁸ "El TEDH declara contraria al Convenio Europeo de los Derechos Humanos la negativa a reconocer la filiación a los hijos nacidos de vientre de alquiler", *Noticias jurídicas*, 2014. <<http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/3900-el-tedh-declara-contraria-al-convenio-europeo-de-los-derechos-humanos-la-negativa-a-reconocer-la-filiacion-a-los-hijos-nacidos-de-ventre-de-alquiler/>>. Última consulta: 01/09/2016.

francesa a los niños.

En ambos casos, el TEDH concluyó no se había producido una vulneración del artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos con respecto a la vida familiar de los recurrentes, ya que, pese a la falta de reconocimiento por el Derecho francés de la relación de filiación entre los hijos y los padres de intención, habían podido desarrollar su vida familiar en compañía de los niños¹⁰⁷⁹, no habiendo encontrado obstáculos insuperables ni habiéndose visto impedidos de disfrutar en Francia de su derecho al respeto de la vida familiar.

Pero denegar la inscripción en el Registro Civil francés de los nacidos mediante acuerdos de gestación por sustitución y, consecuentemente privarlos de la nacionalidad francesa, vulnera el derecho que tienen los niños en lo que se refiere al respeto a su vida privada reconocido en el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos¹⁰⁸⁰, al quedar indeterminada su identidad filial. Y más teniendo en cuenta que los niños en ambos casos eran hijos biológicos de los padres intencionales, lo que se negaron a reconocer las autoridades francesas, vulnerando claramente un derecho básico de los menores.

Rechazar la filiación de los niños nacidos por proceder de gestación subrogada, ignorando la paternidad genética que existía en ambos supuestos, supone un exceso en el proceder de valoración por parte de las autoridades francesas.

Sin embargo, el TEDH reconoce, como no podía ser de otro modo, el derecho que tiene cada Estado a regular en el sentido que estimen oportuno la

¹⁰⁷⁹ REGISTRAR OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, "Totally prohibiting the establishment of a relationship between a father and his biological children born following surrogacy arrangements abroad was in breach of the Convention", Press Release, 2014. Disponible en: <<http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=003-4804617-5854908&filename=003-4804617-5854908.pdf>>. Última consulta: 01/09/2016.

¹⁰⁸⁰ GARAU SOBRINO, F.F., "El TEDH falla contra la prohibición de establecer un vínculo de filiación entre un padre y su hijo biológico nacido en el extranjero mediante gestación por sustitución", *Conflictus Legum*, 2014. Disponible en: <<http://conflictuslegum.blogspot.com.es/2014/06/el-tedh-falla-contra-la-prohibicion-de.html>>. Última consulta: 01/09/2016.

gestación por sustitución, ya sea admitiéndola, como prohibiéndola, o ignorándola, lo cual no puede afectar, sin embargo, al establecimiento de la filiación del menor desde el momento de su nacimiento¹⁰⁸¹. Y, en definitiva, que la ilegalidad de una técnica reproductiva en un determinado país europeo, no puede privar a los menores nacidos en el extranjero, de su derecho a la filiación en los respectivos países de origen de los padres intencionales¹⁰⁸².

Ante las dudas que pudieran surgir en cómo podrían afectar, tanto la sentencia dictada por el Tribunal Supremo español de 6 de febrero de 2014, como las sentencias del TEDH de 26 de junio de 2014, en la materia de inscripción de los nacidos por gestación por sustitución la DGRN dictó una Circular-informe con fecha 11 de julio de 2014¹⁰⁸³ en la que mantuvo la plena vigencia de su Instrucción de 5 de octubre de 2010, con fundamento en que, a su criterio, la doctrina sentada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo se ve superada por la emanada del Tribunal de Estrasburgo.

Poco más tarde, el 27 de enero de 2015 la sección segunda del TEDH dictó una nueva sentencia en materia de subrogación, esta vez contra el Estado italiano en el asunto Paradiso y Campanelli contra Italia¹⁰⁸⁴, en la que el alto Tribunal estimó que las autoridades de dicho país no habían prestado el suficiente peso al interés superior del niño cuando lo ponderaron con el orden público internacional italiano¹⁰⁸⁵.

En dicho caso, el matrimonio formado por Donatina Paradiso y Giovanni

¹⁰⁸¹ DURÁN AYAGO, A., "Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Mennesson c. France (n.º 65192/11) y caso Labassee c. France (n.º 65941/11), de 26 de junio de 2014. Interés superior del menor y gestación por sustitución". *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 2, diciembre 2014. Ediciones Universidad de Salamanca, 2014.

¹⁰⁸² ROURA GÓMEZ, S.: "Gestación subrogada y derechos del menor. Denegar la inscripción en el registro de estos nacimientos es discriminatorio". *El País*. 2014. Disponible en: <http://elpais.com/elpais/2014/07/10/opinion/1405015314_085333.html>. Última consulta: 22/08/2016.

¹⁰⁸³ Mencionada expresamente en la STS nº 881/2016, Sala de lo Social, Pleno, de 25 de octubre de 2016, rec. 3818/2015 (Id Cendoj: 28079149912016100036). Pte. Antonio V. Sempere Navarro.

¹⁰⁸⁴ *Case of Paradiso and Campanelli v. Italy (Application no. 25358/12), 27 January 2015. European Court of Human Rights (Second Section)*.

¹⁰⁸⁵ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, "Questions and Answers on...", cit., disponible en: <http://www.echr.coe.int/Documents/Press_Q_A_Paradiso_and_Campanelli_ENG.pdf>. Última consulta: 31/08/2016.

Campanelli, ambos residentes en Colletorto (Italia), optaron por suscribir un acuerdo de gestación subrogada en Rusia, tras los infructuosos intentos de quedarse embarazada la esposa mediante técnicas de reproducción asistida y no al poder adoptar conforme a la legislación italiana debido a la edad del matrimonio¹⁰⁸⁶.

Tras el embarazo de la gestante, nació un bebé en el mes de febrero del año 2011 que, conforme a la legislación rusa, fue inscrito como hijo de los padres intencionales, sin hacer mención a que había nacido a través de un acuerdo de gestación subrogada. El Consulado de Italia en Moscú, entregó los documentos que permitían al niño viajar a Italia, y a su llegada al municipio de residencia, el Sr. Campanelli intentó sin éxito inscribir niño ante la autoridad competente.

Por su parte, el Consulado de Italia en Moscú informó al Tribunal de Menores correspondiente, al Ministerio de Asuntos Exteriores y a las autoridades de Colletorto, de que existía información falsa en el expediente sobre el nacimiento del niño, por lo que el 5 de mayo de 2011, los Sres. Paradiso y Campanelli fueron acusados de tergiversación del estado civil y de violación de la legislación sobre adopción. La Fiscalía del Tribunal de Menores de Campobasso, solicitó la apertura de un procedimiento para dar al niño en adopción, puesto que conforme a la legislación italiana, se encontraba en estado de abandono¹⁰⁸⁷.

A diferencia de lo que sucedía en los fallos Labassee y Mennesson contra Francia, en el presente supuesto quedó acreditado tras una prueba de ADN que el niño carecía de vinculación genética con los padres intencionales. Ello, unido al comportamiento contrario a la Ley italiana, llevó a que en agosto de 2011 el Tribunal de Menores sometiera al menor a tutela, no permitiendo

¹⁰⁸⁶ ANRO, I., "Il caso Paradiso e Campanelli c. Italia di fronte alla Grande Chambre della Corte EDU", *Eurojus.it Rivista*, 2015. Disponible en: <<http://rivista.eurojus.it/il-caso-paradiso-e-campanelli-c-italia-di-fronte-alla-grande-chambre-della-corte-edu/>>. Última consulta: 01/09/2016.

¹⁰⁸⁷ GARAU SOBRINO, F.F., "El TEDH exige tener en cuenta el interés superior del niño nacido mediante un acuerdo de gestación por sustitución en el extranjero", *Conflictus Legum*, 2015. Disponible en: <<http://conflictuslegum.blogspot.com.es/2015/02/el-tedh-exige-tener-en-cuenta-el.html>>. Última consulta: 31/08/2016.

mantener ningún contacto a los padres intencionales con él, ni se les informó de en qué hogar de acogida se encontraba. En enero de 2013, se entregó al niño a unos padres de adopción, cuya filiación se inscribió a favor de los mismos en el mes de abril, figurando en el nuevo certificado de nacimiento del menor que había nacido de padres desconocidos.

En el mismo mes de abril de 2013, pese a alegar los padres intencionales que habían actuado de buena fe, se confirmó la negativa de la inscripción del acta de nacimiento rusa por ser contraria al orden público y debido a la inexactitud de la certificación, al no existir relación genética entre el niño y los comitentes, declarándose en el mes de junio de 2013 por el Tribunal de Menores que los solicitantes carecían de capacidad para actuar en el procedimiento de adopción que habían iniciado, al no ser padres ni familiares del niño.

El TEDH, en el fallo consideró que hubo una violación del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos por el modo en que se quitó al niño a los padres intencionales y su colocación bajo tutela, no concurriendo las condiciones que justifican la remoción del niño, por lo que condenó a Italia a compensar económicamente a los padres intencionales por los daños material e inmateriales ocasionados. El Tribunal consideró que se había producido una injerencia en la vida privada y familiar, que sólo será necesaria en una sociedad democrática en atención al parámetro fundamental del interés superior del menor, que exige que los lazos familiares sólo se corten ante circunstancias muy excepcionales y extremas, como casos de violencia, malos tratos, abuso sexual, peligro para la vida, la salud o inestabilidad psicológica de los padres, ninguna de las cuales concurrían en el presente caso a juicio del Tribunal, debiéndose hacer todo lo posible, siempre y cuando fuera apropiado, para “reconstruir” la familia¹⁰⁸⁸.

El Tribunal consideró que la relación familiar que había existido *de facto* durante los seis meses que pasó el niño en compañía de los padres de

¹⁰⁸⁸ LAMM, E., “Una vez más sobre...”, cit., pág. 101 a 103.

intención, que se comportaron como tales, había cubierto etapas importantes de la vida del menor, lo que debería haberse tenido en cuenta por el Estado, independientemente de la vinculación de parentesco, biológica u otra, debiendo respetarse la vida familiar derivada de la voluntad procreacional, así como, por encima de todo, el interés superior del niño, al que se le privó de identidad por más de dos años, lo que le situó en una clara situación de vulnerabilidad.

No obstante, no correspondía entender el fallo en el sentido de que el Estado italiano debía devolver el niño a los padres intencionales, ya que se considera que éste debía haber desarrollado indudablemente lazos emocionales con respecto a la familia adoptiva con la que ha convivido desde el año 2013¹⁰⁸⁹.

A la vista de las mencionadas resoluciones del TEDH, los padres intencionales que entablaron en su día el recurso de casación que dio lugar a la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014, interpusieron un incidente de nulidad de actuaciones contra dicha sentencia, que llevó a un nuevo pronunciamiento del Supremo en la materia que entró a valorar la trascendencia de la reciente jurisprudencia de dicho TEDH en la materia para la interpretación de los derechos fundamentales afectados en este litigio¹⁰⁹⁰.

El citado incidente, se resolvió por el Supremo mediante Auto de fecha 2 de febrero de 2015, dictado por la Sala Primera en el recurso 245/2012¹⁰⁹¹.

Los progenitores intencionales habían alegado: (i) la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución española, por considerar que la Sala ha infringido las normas sobre prueba y carga de la prueba, así como que ha desviado el debate desde una cuestión registral civil a otra distinta sobre las consecuencias de la ilicitud

¹⁰⁸⁹ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, “Questions and Answers on...”, cit., disponible en: <http://www.echr.coe.int/Documents/Press_Q_A_Paradiso_and_Campanelli_ENG.pdf>. Última consulta: 31/08/2016.

¹⁰⁹⁰ VAQUERO LÓPEZ, C., “La denegación de acceso al Registro Civil español de la filiación derivada de un contrato de gestación por sustitución a la luz de la jurisprudencia del TEDH: comentario del ATS de 2 de febrero de 2015”. *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4/2015. Cizur Menor, 2015.

¹⁰⁹¹ ATS 335/2015, Sala 1ª, de 2 de febrero de 2015, cit.

en España de la gestación subrogada; (ii) la vulneración del derecho a la igualdad sin discriminación, por razón de nacimiento con respecto a los menores, y por razón de orientación sexual con respecto de sus padres; y (iii) la vulneración del derecho a la intimidad familiar, como derecho de la pareja a la procreación médicamente asistida.

En esta nueva resolución, el Supremo confirma su doctrina anterior al estimar que la negativa de las autoridades del Registro Civil español a efectuar la inscripción de los nacidos por subrogación como hijos naturales de quienes conciertan esta gestación, no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, ni el derecho a la igualdad del menor o de los padres intencionales, ni tampoco el derecho a la intimidad familiar.

Con respecto a la vulneración de la tutela judicial efectiva y la existencia de incongruencia, la Sala consideró que no se había desviado del objeto del debate procesal y que, el hecho de que el juzgador resuelva la cuestión controvertida de un modo distinto a como la parte esperaba que lo hiciera, no atenta contra el derecho a la tutela judicial efectiva, “no siendo conforme con la buena fe que, una vez dictada la sentencia, los recurrentes cuestionen sus propias alegaciones y acusen al tribunal de haber vulnerado sus derechos fundamentales por haberlas tomado en consideración”¹⁰⁹².

En relación con el derecho a la igualdad sin discriminación y del derecho a la intimidad familiar¹⁰⁹³, el Tribunal, tras realizar algunas observaciones al respecto en el mismo sentido que en la sentencia impugnada, no consideró procedente volver a extenderse sobre los razonamientos que tomó en consideración y que le llevaron a adoptar su anterior resolución.

¹⁰⁹² En el apartado 2 del fundamento de derecho TERCERO del Auto de 2 de febrero de 2015.

¹⁰⁹³ En defensa de su derecho los recurrentes invocaron la sentencia dictada por el TEDH en el caso S.H. y otros contra Austria, de fecha 3 de noviembre de 2011, pero el Tribunal Supremo no la consideró relevante por referirse a una cuestión sustancialmente distinta a la presente, pese a venir referida a aspectos relacionados con las técnicas de reproducción asistida. *Case of S.H. and others v. Austria (Application no. 57813/00), 3 November 2011. European Court of Human Rights (Grand Chamber)*.

Finalmente, el Tribunal entró a valorar¹⁰⁹⁴ si, a la vista de las sentencias del TEDH de junio de 2014 dictadas tras la sentencia del Supremo que resolvió el recurso de casación, se había producido una vulneración de derechos fundamentales conforme a la interpretación que de los mismos realizó el TEDH.

Consideró que, tanto los casos franceses como el español, guardaban la similitud de que en todos ellos se denegaba la transcripción al Registro Civil de las actas extranjeras en que se determinaba la respectiva filiación de los nacidos por subrogación a favor de sus respectivos progenitores intencionales, pero que, a partir de ahí, las diferencias eran importantes.

Por una parte, el ordenamiento jurídico francés, ante el vicio que considera de origen, impide establecer por ningún medio un vínculo de filiación entre los comitentes y sus respectivas hijas gestadas por subrogación de forma absoluta, ni a través de la transcripción de las actas de nacimiento, ni reconociendo la filiación biológica paterna, ni procediendo a la adopción, ni tampoco por posesión de estado, lo que supone haber ido más allá del margen de libre apreciación del Estado demandado. Sin embargo, conforme al ordenamiento jurídico español, sí cabe la posibilidad de determinar la filiación paterna a favor del padre biológico, así como el establecimiento de una filiación por criterios no biológicos con respecto del otro progenitor (o respecto de ambos si ninguno fuera padre biológico), lo que permitirá a los menores obtener la nacionalidad española y heredar como hijos de sus padres intencionales.

Por otra parte, en los supuestos franceses, se invocaba la existencia de sendos núcleos familiares *de facto* en los que se hallaban integradas las niñas fruto de la subrogación, mientras que en el caso español, los recurrentes se limitaban a sostener “la regularidad del reconocimiento en el Registro Civil español de la inscripción extranjera, alegando que el hecho de que los niños hayan sido fruto de un contrato de gestación por sustitución no impide que se

¹⁰⁹⁴ Pese a encontrarnos ante un incidente de nulidad de actuaciones, el Supremo consideró necesario ante la excepcionalidad del supuesto volver a plantear las cuestiones de trascendencia constitucional que habían constituido el objeto del proceso y sobre las que se había pronunciado la sentencia.

reconozca en España la relación de filiación reconocida a los comitentes en el ordenamiento de California”¹⁰⁹⁵. Pese a no haber introducido los comitentes adecuadamente en el debate las circunstancias concretas de los menores y de sus relaciones familiares, el Tribunal Supremo instó en su sentencia al Ministerio Fiscal a proteger a los menores y a procurar su integración en su respectivo núcleo familiar, en caso de que efectivamente existiera.

También se determina que las sentencias del Tribunal de Estrasburgo “no establecen que, a priori y en todo caso, cualquier decisión que afecte a la filiación de los menores suponga una violación de su derecho a la vida privada”¹⁰⁹⁶. Además, los promotores del incidente invocaron en abstracto el derecho a la vida privada de los menores, sin alegar los perjuicios concretos que se habían causado a su identidad.

Por todo ello, el Tribunal Supremo terminó concluyendo no haber lugar a declarar la nulidad de la sentencia 835/2013, dictada por el Pleno el 6 de febrero de 2014¹⁰⁹⁷.

Es necesario mencionar que el Auto fue objeto de un voto particular suscrito por cuatro de los magistrados del Supremo, en el que indicaron no estar conformes con el resultado alcanzado en el mismo. Establecieron, en definitiva, que pese a reconocer la existencia de diferencias entre las sentencias del TEDH y la dictada por la Sala, “las tres tienden a dar solución a un mismo problema inicial, como es el que resulta para los hijos habidos de una gestación por sustitución, y de la prohibición de inscribir su nacimiento”, por lo que no solo deben ponderarse los bienes jurídicos en conflicto, sino

¹⁰⁹⁵ En el apartado 10 del fundamento de derecho SEXTO del Auto de 2 de febrero de 2015.

¹⁰⁹⁶ En el apartado 11 del fundamento de derecho SEXTO del Auto de 2 de febrero de 2015.

¹⁰⁹⁷ Es necesario mencionar que el Auto fue objeto de un voto particular suscrito por cuatro de los magistrados del Supremo, en el que indicaron no estar conformes con el resultado alcanzado en el mismo. Establecieron, en definitiva, que pese a reconocer la existencia de diferencias entre las sentencias del TEDH y la dictada por la Sala, “las tres tienden a dar solución a un mismo problema inicial, como es el que resulta para los hijos habidos de una gestación por sustitución, y de la prohibición de inscribir su nacimiento”, por lo que no solo deben ponderarse los bienes jurídicos en conflicto, sino también “la incertidumbre jurídica que la situación genera y seguirá generando en tanto no se dé respuesta a su solicitud de inscripción”. No obstante, desde nuestro punto de vista, dicha función corresponde al legislador mediante la necesaria regulación de la gestación por sustitución y no al poder judicial que debe ajustarse a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico vigente.

también “la incertidumbre jurídica que la situación genera y seguirá generando en tanto no se dé respuesta a su solicitud de inscripción”. No obstante, desde nuestro punto de vista, dicha función corresponde al legislador mediante la necesaria regulación de la gestación por sustitución y no al poder judicial que debe ajustarse a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico vigente.

Para terminar con el apartado relativo a jurisprudencia y doctrina administrativa en materia de inscripción, debemos considerar el caso de India o de Rusia, donde la gestación por sustitución está plenamente implantada¹⁰⁹⁸, pero que cuentan con tan solo un trámite administrativo por el que se inscribe a favor de los comitentes la filiación de los nacidos en sus respectivos Registros Civiles.

Dichos países no disponen de procedimientos judiciales que den lugar a las preceptivas resoluciones que permitan la inscripción de los menores con arreglo a lo dispuesto en la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, lo que acentúa de forma notoria la problemática y dificultades inherentes a la inscripción derivada de los contratos de gestación subrogada suscritos en los mencionados países.

Dos sentencias dictadas por la sección 1ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, resuelven sendos recursos contencioso-administrativos contra resoluciones dictadas por el Consulado General de España en Moscú, por las que se inadmiten a trámite las respectivas solicitudes de salvoconducto presentadas por los comitentes a favor de sus hijos nacidos en dicho país por subrogación.

En el caso que resulta de la sentencia número 1223/2015, de fecha 21 de diciembre de 2015¹⁰⁹⁹, una pareja heterosexual reclamaba tan sólo la concesión del salvoconducto o documento análogo que permitiera salir de

¹⁰⁹⁸ Debiendo, no obstante, tener en cuenta las salvedades que afectan a India, en relación con el nuevo régimen legal en materia de gestación subrogada implantado en el año 2012, a que nos hemos referido en el apartado correspondiente.

¹⁰⁹⁹ Sentencia nº 1223/2015 del TSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 1ª, de 21 de diciembre de 2015, cit.

Rusia a su hijo menor de edad, solicitud que fue inadmitida por el Consulado al estimar que el solicitante carecía de capacidad legal en Derecho para actuar como representante legal del menor de edad objeto del salvoconducto, ya que “el menor tiene madre identificada de nacionalidad rusa y se encuentra en su país de origen”. Opone la Administración demandada que el ejercicio de la patria potestad corresponde, conforme al Derecho español, al padre y a la madre del niño y que dado que la filiación del niño queda determinada por el parto, los recurrentes no gozan de capacidad legal para solicitar el salvoconducto.

La sentencia, sin adentrarse en cuestiones de filiación y no resultando discutida la nacionalidad rusa del menor, establece que conforme al artículo 14.2 del Convenio entre el Reino de España y la Unión de Repúblicas Soviéticas sobre asistencia judicial en materia civil¹¹⁰⁰, al tratarse el certificado de nacimiento presentado ante el Consulado General de España en Moscú de un documento expedido conforme a las normas rusas, se le otorga la misma fuerza probatoria que si se tratase de un documento oficial español, por lo que no se puede negar la capacidad de representar a quien ostenta la patria potestad del menor conforme a la legislación rusa.

Por ello, estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por los comitentes, anula el procedimiento administrativo por el que se denegó el salvoconducto a favor del hijo de éstos, y declaró la capacidad de los recurrentes para instar la solicitud.

En el segundo supuesto que resulta de la sentencia número 350/2016, de 20 de junio de 2016¹¹⁰¹, nació en Moscú una niña a través de la técnica de la gestación subrogada. Su madre intencional solicitó un salvoconducto para viajar con la menor a España, alegando que no existía ninguna vinculación jurídica ni genética entre la niña y la gestante. Precisó que era ella quien había

¹¹⁰⁰ Instrumento de ratificación del Convenio entre el Reino de España y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas sobre asistencia judicial en materia civil, firmado en Madrid el 26 de octubre de 1990. «BOE» núm. 151, de 25 de junio de 1997.

¹¹⁰¹ Sentencia nº 350/2016 del TSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 1ª, de 20 de junio de 2016, cit.

actuado desde el nacimiento de la niña como su madre tanto legal como *de facto*, y mencionó que para su fecundación fueron empleados gametos procedentes de donantes, tanto masculinos como femeninos.

La comitente alegaba que impedir el establecimiento de un vínculo de filiación, doble o simple, con el o los progenitores intencionales, produce una situación de desamparo jurídico del menor e ignora su derecho a la vida privada, oponiendo para ello el tenor literal de las sentencias del TEDH de 26 de junio de 2014 y de 27 de enero de 2015, contemplando esta última el supuesto específico de la actora, es decir, maternidad subrogada sin la aportación del material genético por parte de los comitentes.

El TSJ precisó que las resoluciones del TEDH son obligatorias y vinculantes para España, pero que nuestro ordenamiento jurídico no prevé ningún procedimiento que dote de fuerza ejecutiva a las mismas, ni mucho menos efectos directos en términos análogos a las resoluciones dictadas por la Unión Europea¹¹⁰².

Asimismo, la recurrente aportó una sentencia dictada por un Tribunal de Distrito ruso con fecha 16 de diciembre de 2015, como una resolución judicial que reconoce la filiación. Pero con la traducción que acompañaba a la misma, se pudo comprobar que la sentencia desestimaba la demanda de la actora a efectos de constatar el nacimiento de la menor como un hecho con validez jurídica, por estimar el Tribunal que “el origen de los neonatos queda constatado en sus respectivos certificados de nacimiento, expedidos por los organismos competentes en la forma prescrita”, y que, por tanto, no procedía estimar la demanda.

Con todo ello, el TSJ de Madrid estimó en parte el recurso y, al igual que hizo en la otra sentencia comentada, reconoció a la comitente su capacidad legal para actuar como representante legal de la niña nacida por gestación subrogada, por el reconocimiento de filiación por inscripción en el Registro Civil

¹¹⁰² Tal y como establece la doctrina constitucional que resulta de la sentencia 245/1991, de 16 de diciembre, del Tribunal Constitucional (EDJ 1991/11940).

de la Federación Rusa a su favor, pero no admitió las restantes pretensiones, entre otras, admitir la resolución judicial aportada como reconocimiento judicial de la filiación de la menor a efectos de inscripción del nacimiento en la oficina del Registro Civil español competente.

También relativa a Rusia es la resolución de la DGRN, algo más antigua, de 15 de noviembre de 2013¹¹⁰³, en la que un matrimonio heterosexual, mediante escrito presentado en el Registro Civil central de fecha 15 de septiembre de 2009, solicitaba que se rectificase un error cometido en las inscripciones de nacimiento practicadas en el Registro consular de Moscú, al haberse consignado en las mismas tan solo la filiación paterna de los menores, pese a que en las certificaciones de nacimiento rusas estaba perfectamente reflejada la filiación de los mismos a favor de ambos comitentes.

Alegaban los recurrentes que los niños “fueron adoptados por ambos cónyuges a través del procedimiento denominado «adopción por subrogación», no permitido en España pero perfectamente legal en el Estado en el que se llevó a cabo”.

El Ministerio Fiscal informó de que no se había cometido ningún error en las inscripciones de nacimiento, puesto que nuestro Derecho prohíbe expresamente la gestación por sustitución y que el parto determina la filiación materna, por lo que la juez encargada del Registro Civil central dictó auto disponiendo no haber lugar a la rectificación de los errores denunciados.

Tras ello, los recurrentes interpusieron recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, alegando que la inscripción de los nacimientos realizada en el Registro Civil ruso de acuerdo con su legislación interna, debe acceder de manera exacta al Registro Civil español, que desestimó el recurso y confirmó el auto apelado, por no bastar para proceder a la inscripción de los nacidos como hijos biológicos de los cónyuges actuantes, la mera transcripción de las certificaciones locales, que sí es suficiente para acreditar la filiación paterna, pero no la materna.

¹¹⁰³ Res. DGRN de 18 de febrero de 2009, cit.

Por otra parte, también existen diversas resoluciones de la DGRN relativas a nacimientos producidos en la República India, entre ellas, la de 6 de mayo de 2011¹¹⁰⁴, la de 23 de septiembre de 2011¹¹⁰⁵ o la de 30 de noviembre de 2011¹¹⁰⁶, que resuelven todas ellas en el sentido de desestimar los recursos planteados por no aportar los comitentes ante el correspondiente encargado del Registro Civil consular, las oportunas resoluciones judiciales extranjeras dictadas por órgano jurisdiccional competente, a efectos de proceder a la práctica de la inscripción de los nacimientos y de la filiación derivada de los mismos conforme a lo dispuesto en la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010.

El requisito previo de presentación de una resolución judicial dictada por órgano jurisdiccional competente ante el encargado del Registro Civil español para poder proceder a la constatación registral de los nacidos en el extranjero mediante gestación subrogada, donde se acredite que no se ha vulnerado el interés superior del menor y se recoja el libre consentimiento y la renuncia expresa de la gestante, es especialmente importante en la República India donde casi doscientos millones de personas pasan hambre¹¹⁰⁷.

La exigencia de la presentación de una resolución judicial extranjera persigue el control de los requisitos de perfección y contenido del contrato respecto del marco legal del país donde se ha formalizado, así como la protección de los intereses, tanto del menor, como de las madres gestantes, que están sometidas a un mayor riesgo de vulnerabilidad en India, siendo necesario también evitar que el recurso a técnicas de gestación subrogada

¹¹⁰⁴ Res. DGRN de 6 de mayo de 2011, Registro Civil (EDD 2011/358206), en la que el padre intencional presentó un certificado de nacimiento en el que figuraba tan sólo el nombre del recurrente, pero no el de la madre del menor.

¹¹⁰⁵ Res. DGRN de 23 de septiembre de 2011, Registro Civil (EDD 2011/360043). En el presente supuesto también recurrió a la gestación subrogada en India un hombre de forma individual que aportó una prueba de ADN para acreditar la filiación de los nacidos, pero que tampoco sirvió para efectuar la inscripción de los mismos en el Registro Civil español.

¹¹⁰⁶ Res. DGRN de 30 de noviembre de 2011, Registro Civil (EDD 2011/371174). Por la que se solicita la revocación del auto del encargado del Registro Civil central por el que deniega la inscripción de un certificado de nacimiento expedido en India, por albergar dudas sobre la realidad del hecho inscrito y su legalidad con arreglo a la legislación española.

¹¹⁰⁷ Según el último informe de la FAO del año 2015, 194.600.000 personas en India, es decir, más de un 15% de su población, padecen de desnutrición. "The State of Food Insecurity in the World 2015". *Food and Agriculture Organization of the United Nations*, 2015. Disponible en: <<http://www.fao.org/3/a-i4646e.pdf>>. Última consulta: 22/01/2017.

pueda encubrir supuestos de tráfico internacional de menores¹¹⁰⁸.

En cuanto a la Resolución de la DGRN de 28 de mayo de 2015¹¹⁰⁹, relativa también al nacimiento de un niño en India en el año 2011, el supuesto es distinto. En ella, el nacimiento del menor se inscribió en el Registro consular de Delhi (India) con la filiación paterna del recurrente y materna de la gestante, con una inscripción marginal de reconocimiento paterno y otra de adopción de la esposa del comitente, efectuada en virtud de auto de 19 de enero de 2012 dictado por el Juzgado de primera instancia número 15 de los de Barcelona.

Tras ello, los padres del menor solicitaron el traslado de la inscripción de nacimiento de su hijo al Registro Civil de Barcelona y que en la nueva inscripción tan solo figurasen los datos del nacimiento y del nacido, los datos personales de los padres adoptivos, con referencia a su matrimonio, así como que constase Barcelona, correspondiente al domicilio de los padres, como lugar de nacimiento del menor, conforme a la posibilidad establecida para los casos de adopción internacional¹¹¹⁰.

El encargado del Registro Civil de Barcelona, mediante auto de 24 de febrero de 2014, acordó practicar la nueva inscripción conforme a lo solicitado, denegando tan solo la constancia de Barcelona como lugar de nacimiento del adoptado, puesto que ello se permitía en casos de adopción internacional, pero no es posible en el presente supuesto, puesto que el menor ostentaba la nacionalidad española en el momento de la adopción y está se constituyó ante un Juzgado español.

La DGRN consideró que, efectivamente, se trata de una adopción nacional, por lo que no sería posible la modificar el lugar de nacimiento del menor, por lo que procedió a desestimar el recurso y a confirmar el auto apelado.

¹¹⁰⁸ Res. DGRN de 23 de septiembre de 2011, cit.

¹¹⁰⁹ Res. DGRN de 28 de mayo de 2015, Registro Civil (EDD 2015/296983).

¹¹¹⁰ En los arts. 16.3 y 20 LRC1957.

Finalmente, mencionaremos la nueva sentencia de 24 de enero de 2017¹¹¹¹ dictada por la Gran Sala del TEDH en el caso Paradiso y Campanelli, en cuyo primer fallo del año 2015 daba la razón a los comitentes frente al Gobierno italiano, por estimar que se había producido una violación del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que reconoce el derecho a la vida privada y familiar, por la forma en la que se les había retirado al niño que había nacido en Rusia a través de la técnica de la gestación por sustitución, el cual carecía de vinculación genética con sus padres intencionales.

En esta nueva sentencia, el Tribunal de Estrasburgo cambia de criterio y reconoce, por once votos contra seis, que no se ha producido violación del referido artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, puesto que no existe vinculación genética entre los comitentes y el niño, así como que los escasos seis meses en que el menor estuvo en compañía de sus padres intencionales no pueden llevar a considerar que había existido una vida familiar *de facto* entre los recurrentes y el niño.

El TEDH estima en esta nueva sentencia que el Gobierno italiano se hallaba legitimado para retirar la custodia del niño a los comitentes y establecer las medidas que se adoptaron por las autoridades italianas, habida cuenta de que la gestación por sustitución está prohibida expresamente en Italia y que haber permitido que el menor se quedara en compañía de los comitentes hubiera supuesto una legalización de una situación prohibida por la legislación italiana y que los comitentes habían creado de forma contraria a la ley, resaltando que corresponde al Estado establecer las oportunas relaciones de filiación entre los progenitores y sus hijos, no siendo posible en el presente caso al no concurrir ni siquiera un vínculo biológico que lo justificase.

¹¹¹¹ Application no. 25358/12. Case of Paradiso and Campanelli v. Italy. European Court of Human Rights (Grand Chamber). 24 enero 2017.

CAPÍTULO X. CUESTIONES DEL ÁMBITO LABORAL.

10.1. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹¹¹².

En el año 2014, la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) tuvo que entrar a resolver sendas cuestiones prejudiciales planteadas por Tribunales de Gran Bretaña e Irlanda, en relación a permisos laborales equivalentes a los de maternidad o de adopción solicitados por madres intencionales, que dieron lugar a la sentencia C-167/12 (en el asunto entre C.D. contra S.T.) y la sentencia C-363/12 (en el asunto entre Z. y A *Government Department and the Board of Management of a Community School*), respectivamente, ambas de 18 de marzo de 2014.

En el asunto C-167/12¹¹¹³, la señora C.D y su pareja habían suscrito un convenio de subrogación con una gestante conforme al Derecho de Reino Unido. El niño, concebido a partir del esperma del padre intencional y el óvulo de una donante, nació el 26 de agosto de 2011, momento a partir del cual empezó a ser cuidado por C.D., llegando incluso a amamantarlo cuando no había transcurrido ni siquiera una hora tras el nacimiento. La orden parental por la que se atribuía a los comitentes la patria potestad plena y permanente fue dictada el día 19 de diciembre de 2011, tras el transcurso del plazo legalmente prevenido en la *Human Fertilisation and Embryology Act* de 2008. Previamente al nacimiento del niño, la señora C.D. solicitó sin éxito a su empleador (S.T.)¹¹¹⁴ un permiso retribuido basado en el régimen que éste había establecido para el caso de adopciones. El mismo día en que recibió el escrito de denegación, la señora C.D. formuló una segunda solicitud formal de permiso, esta vez de

¹¹¹² El TJUE, con sede en Luxemburgo, es el más alto órgano jurisdiccional de la Unión encargado de velar por la aplicación e interpretación uniforme del Derecho de la Unión. Se integra por un juez procedente de cada uno de los Estados miembros y está asistido por Abogados Generales, que elaboran dictámenes jurídicos imparciales previamente a la resolución de ciertos asuntos. Disponible en: <http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/es/>. Última consulta: 23/11/2016.

¹¹¹³ Sentencia del Tribunal de Justicia (UE), Gran Sala, de 18 de marzo de 2014, en el asunto C-167/12, entre C.D. contra S.T. (EDJ 2014/40737).

¹¹¹⁴ "S.T.", que es quien gestiona el hospital británico dependiente del Servicio Nacional de Salud en que la señora C.D. se hallaba empleada desde el 7 de julio de 2001.

maternidad por sustitución, que también le fue denegado porque no existía “legalmente ningún derecho a un permiso retribuido en caso de maternidad por sustitución”¹¹¹⁵.

Ante esta situación, la señora C.D. presentó el 7 de junio de 2011 una demanda ante el *Employment Tribunal*, Newcastle upon Tyne (Reino Unido), al considerar que la denegación suponía “una discriminación ilegal por razón de sexo y/o del embarazo y la maternidad”, alegando también “haber sufrido un perjuicio por razón del embarazo y la maternidad y de su pretensión de disfrutar de un permiso de maternidad ordinario o ampliado”¹¹¹⁶.

El 10 de junio de 2011, ante una nueva solicitud presentada por la señora C.D., S.T. modificó su postura otorgándole un permiso remunerado en aplicación de las condiciones del régimen de permiso por adopción, aunque manifestó que no tenía derecho a percibir la prestación por maternidad, al corresponder dicho derecho exclusivamente a la madre biológica del niño.

En un sentido similar, en el asunto C-363/12¹¹¹⁷, la señora Z y su marido recurrieron a una gestante en California, para que llevara a término el embarazo de una niña concebida con el material genético de ambos progenitores de intención, a la que la señora Z no podía gestar por carecer de útero¹¹¹⁸. En el certificado de nacimiento expedido en California, figura la niña como hija biológica del matrimonio, no mencionándose en ningún momento la identidad de la mujer que llevó a cabo el proceso de gestación.

La señora Z también solicitó ante el *Government department* del colegio gestionado por un organismo público irlandés en el que trabajaba, la concesión de un permiso equivalente a un permiso por adopción, que le fue denegado al

¹¹¹⁵ Punto 21 de la Sentencia C-167/12.

¹¹¹⁶ Punto 22 de la Sentencia C-167/12.

¹¹¹⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia (UE), Gran Sala, de 18 de marzo de 2014, en el asunto C 363/12, Z. contra *A Government department y The Board of management of a community school*. (EDJ 2014/40733).

¹¹¹⁸ La señora Z adolece de una dolencia infrecuente en la que, a pesar de disponer de ovarios sanos y ser fértil, carece de útero y no puede, por tanto, gestar un hijo por sí misma, por lo que ella y su esposo recurrieron a una gestante a la que se le transfirieron los óvulos en California en agosto de 2009, tras seguir el tratamiento de FIV en Irlanda.

no reunir la señora Z las condiciones previstas por los regímenes existentes en dicha materia, ofreciéndosele tan sólo un permiso parental no retribuido, por lo que presentó la correspondiente demanda ante el *Equality Tribunal* (Irlanda), en la que alegaba haber sido objeto de trato discriminatorio “por razón de sexo, situación familiar y discapacidad”¹¹¹⁹.

Ambos tribunales, británico e irlandés, plantearon ante el TJUE sendas peticiones de decisión prejudicial a efectos de conocer si las denegaciones de los permisos retribuidos equivalentes a los de maternidad o por adopción podían ser contrarias a la Directiva comunitaria 92/85/CEE¹¹²⁰ sobre trabajadoras embarazadas, o si podía constituir una discriminación por motivo de sexo o de discapacidad, discriminaciones prohibidas en las Directivas 2006/54/CE¹¹²¹ y 2000/78/CE¹¹²², respectivamente¹¹²³.

Los Abogados Generales del TJUE, Sra. Juliane Kokott en el asunto C-167/12¹¹²⁴, y Sr. Nils Wahl en el asunto C-363/12¹¹²⁵, presentaron sus conclusiones el 26 de septiembre de 2013.

¹¹¹⁹ Punto 27 de las Conclusiones del Abogado General, Sr. Nils Wahl, presentadas el 26 de septiembre de 2013, Asunto C 363/12, Z. contra *A Government department* y *The Board of management of a community school*. Disponible en: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=363%252F12&docid=142181&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=355119#ctx1>>. Última consulta: 27/11/2016.

¹¹²⁰ Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (Décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del art. 16 de la Directiva 89/391/CEE). Disponible en: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:31992L0085&from=ES>>. Última consulta: 27/11/2016.

¹¹²¹ Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición). Disponible en: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:204:0023:0036:es:PDF>>. Última consulta: 27/11/2016.

¹¹²² Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Disponible en: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0078:es:HTML>>. Última consulta: 27/11/2016.

¹¹²³ Comunicado de prensa nº 36/14 del TJUE. Luxemburgo, 2014. Disponible en: <<http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-03/cp140036es.pdf>>. Última consulta: 27/11/2016.

¹¹²⁴ Conclusiones de la Abogada General, Sra. Juliane Kokott, presentadas el 26 de septiembre de 2013, Asunto C 167/12, C.D. contra S.T. Disponible en: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=142184&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=101089>>. Última consulta: 27/11/2016.

¹¹²⁵ Conclusiones del Abogado General, Sr. Wahl, cit.

La Sra. Kokott en sus conclusiones estimó que “la Directiva 92/85 y, en particular, el permiso de maternidad previsto en ella, no tiene como única finalidad la protección de las trabajadoras. Mediante el permiso de maternidad se pretende también proteger la especial relación existente entre madre e hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, lo cual se corresponde con lo previsto en el artículo 24, apartado 3, y en el artículo 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”¹¹²⁶. Dicha finalidad tuitiva basada en la relación madre-hijo, lleva a suponer que la mencionada Directiva 92/85 se deberá aplicar, con carácter general, a todas las madres intencionales aunque no amamanten a sus hijos. Con respecto a la duración de los permisos de maternidad, considera que deberán tener una duración mínima de dos semanas, pudiendo descontarse de su duración total la parte del permiso de maternidad que hubiera disfrutado la madre subrogada, “siempre que la madre intencional haya asumido la custodia del niño tras el parto, la maternidad subrogada sea admisible en el Estado miembro afectado y se cumplan los requisitos previstos al efecto en la legislación interna”¹¹²⁷. No consideró vulnerado el principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación contemplados en el artículo 14 de la Directiva 2006/54/CE, puesto que una madre intencional “no puede invocar el embarazo de la madre subrogada con la finalidad de recibir en su puesto de trabajo el trato que se dispensa a una mujer embarazada”¹¹²⁸, y que tampoco “ha sufrido ninguna desventaja por razón de sexo con respecto a sus colegas varones”¹¹²⁹.

Por el contrario, el Sr. Wahl estimó que el TJUE no debe tomar postura sobre cuestiones de carácter ético, que aún no han sido decididas por el procedimiento legislativo, pese a que su objetivo sea socialmente deseable. Por ello, no procede que el TJUE elabore judicialmente un derecho al permiso laboral retribuido mediante una interpretación constructiva de las Directivas comunitarias 2006/54, 2000/78 y 92/85, ampliando “el ámbito de protección del

¹¹²⁶ Conclusiones de la Abogada General, Sra. Kokott, cit., punto 45.

¹¹²⁷ *Ibid.*, punto 90.

¹¹²⁸ *Ibid.*, punto 86.

¹¹²⁹ *Ibid.*, punto 87.

permiso de maternidad o adopción (o incluso crear una forma distinta de permiso por maternidad subrogada)”¹¹³⁰, competencia que corresponde a los Estados miembros y/o el legislador de la UE.

La Gran Sala del TJUE, tras oír las mencionadas conclusiones de los Abogados Generales Kokott y Wahl, dictó las correspondientes sentencias, ambas de 18 de marzo de 2014, en las que consideró que “el Derecho de la Unión no prevé a favor de las madres subrogantes un derecho a un permiso retribuido equivalente a un permiso de maternidad o a un permiso por adopción”¹¹³¹, dado que:

1º) La Directiva 92/85/CEE sobre las trabajadoras embarazadas “tiene la finalidad de proteger la salud de la madre del niño durante la específica situación de vulnerabilidad derivada de su embarazo”¹¹³², limitándose por el concepto de “permiso de maternidad” a la trabajadora “embarazada”¹¹³³. Por ello, no puede considerarse que se ha prestado a la madre de intención un trato menos favorable ligado a su embarazo, dado que en ningún momento ha estado encinta de su hijo¹¹³⁴. El TJUE considera que procede efectuarse la interpretación de la mencionada Directiva “en el sentido de que los Estados miembros no están obligados... a conferir un permiso de maternidad a una trabajadora, en su calidad de madre subrogante que ha tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución, incluso cuando puede amamantar a ese niño tras su nacimiento o lo amamanta efectivamente”¹¹³⁵. Pero añade en su punto 42., que la Directiva tiene por objeto el establecimiento de exigencias mínimas en materia de protección de las trabajadoras embarazadas, por lo que no se excluye la posibilidad de que los Estados miembros puedan “aplicar o instaurar disposiciones legislativas, reglamentarias o administrativas más favorables para la protección de la seguridad y la salud de las madres

¹¹³⁰ Conclusiones del Abogado General, Sr. Wahl, cit., punto 121.

¹¹³¹ Comunicado de prensa nº 36/14 del TJUE..., cit.

¹¹³² Sentencia C-167/12, punto 35.

¹¹³³ SAFJAN, M., “Permiso de maternidad para una madre subrogante que ha tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución: TJ Gran Sala, S 18 Mar. 2014”. La Ley Unión Europea. Núm. 14, 2014. Pág. 63-64.

¹¹³⁴ Sentencia C-167/12, punto 52.

¹¹³⁵ Punto 57.1) de la Sentencia C-167/12 y, en el mismo sentido los puntos 58. y 59. de la Sentencia 363/12.

subrogantes que hayan tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución”.

2º) En cuanto a la Directiva 2000/78/CE que prohíbe las discriminaciones por motivo de discapacidad en el ámbito del empleo y la ocupación, el TJUE estima que no supone una discriminación por razón de discapacidad “el hecho de denegar la concesión de un permiso retribuido equivalente a un permiso de maternidad o un permiso por adopción a una trabajadora incapacitada para gestar a un niño y que ha recurrido a un convenio de gestación por sustitución”¹¹³⁶, puesto que el hecho de que una trabajadora no pueda tener un hijo por medios convencionales, no impide su acceso a un empleo, lo ejerza efectivamente o pueda progresar en el mismo. Por lo que la incapacidad para tener un hijo por medios naturales no puede considerarse una “discapacidad” a los efectos de la Directiva 2000/78/CE.

3º) Y, finalmente, con respecto a la Directiva 2006/54/CE relativa a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de empleo, debe interpretarse en el sentido de que no constituye una discriminación directa o indirecta basada en el sexo “el hecho de que un empleador deniegue un permiso de maternidad a una madre subrogante que ha tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución”¹¹³⁷, ni tampoco uno por adopción, puesto que a un padre intencional que hubiese suscrito un convenio de gestación por sustitución en las mismas condiciones, tampoco se le hubiese concedido un permiso retribuido de dicha clase, por lo que dicha denegación no perjudica especialmente a las trabajadoras con respecto a los trabajadores varones¹¹³⁸.

10.2. Legislación y jurisprudencia laboral española en la materia.

¹¹³⁶ Sentencia 363/12, punto 92.2).

¹¹³⁷ Punto 57.2) de la Sentencia C-167/12 y, en el mismo sentido, punto 92.1) de la Sentencia 363/12.

¹¹³⁸ Sentencia C-167/12, punto 47.

El artículo 45.1.d) del Estatuto de los Trabajadores¹¹³⁹ prevé la posibilidad de suspender los contratos de trabajo ante los supuestos de “maternidad, paternidad, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento”¹¹⁴⁰, situaciones que darán derecho a percibir las prestaciones por maternidad o por paternidad contempladas en los artículos 177 y 183 de la Ley General de la Seguridad Social¹¹⁴¹. La legislación laboral también reconoce a los trabajadores, entre otros, el derecho a periodos de excedencia no superiores a tres años para prestar cuidado a los hijos “tanto cuando lo sea(n) por naturaleza, como por adopción, o en los supuestos de guarda con fines de adopción o acogimiento permanente, a contar desde la fecha de nacimiento o, en su caso, de la resolución judicial o administrativa”¹¹⁴², periodos con la consideración de cotización efectiva a efectos de las prestaciones por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad o paternidad¹¹⁴³.

Pero la legislación laboral española no contiene ninguna previsión específica que conceda el derecho a gozar de prestaciones o derechos específicos derivados de la atribución de la filiación a los trabajadores que hayan tenido hijos a partir de acuerdos de subrogación en el extranjero¹¹⁴⁴, posiblemente, porque la misma se halla expresamente sancionada con la nulidad de pleno derecho en la LTRHA.

Por ello, es necesario acudir a la jurisprudencia para determinar si les corresponden o no dichas prestaciones.

Inicialmente la solución no era pacífica, existiendo un gran número de

¹¹³⁹ Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. «BOE» núm. 255, de 24 de octubre de 2015.

¹¹⁴⁰ Con un periodo previsto de suspensión con reserva de puesto de trabajo de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliables en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo, conforme a los art. 48.4 y 48.5 del ET.

¹¹⁴¹ Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. «BOE» núm. 261, de 31 de octubre de 2015.

¹¹⁴² Art. 46.3 del ET.

¹¹⁴³ Art. 237.1 de la LGSS.

¹¹⁴⁴ ORTIZ VIDAL, M.D., “La gestación por sustitución y las prestaciones sociales por maternidad / paternidad en España y la novísima jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”. *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*. Núm. 180. Thomson Reuters-Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 2015. Pág. 241-266.

sentencias dictadas por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia de las distintas Comunidades Autónomas, que se habían pronunciado de forma dispar y con resultado contradictorio entre ellas.

En un primer momento, la jurisprudencia de los distintos TSJ¹¹⁴⁵ se dirigía hacia el reconocimiento del derecho de los comitentes a obtener las oportunas prestaciones por maternidad o paternidad, pese a que la normativa española no las prevé expresamente para los supuestos de nacimientos inscritos de niños que procedan de acuerdos de gestación subrogada en el extranjero. Estimaban que procedía conceder dichas prestaciones con la finalidad de colmar uno de sus objetivos básicos, como es la potenciación de las relaciones paterno-filiales en el marco de la conciliación de las responsabilidades laborales y familiares¹¹⁴⁶.

Entre ellas, destacaremos la STSJ de Asturias, de 20 de septiembre de 2012¹¹⁴⁷, que consideró que “no se trata aquí de determinar la filiación del nacido en California, ni siquiera de decidir si una filiación ya determinada en virtud de certificación registral extranjera puede acceder al Registro Civil español, porque la maternidad de la accionante no solo está reconocida en una resolución del Tribunal de San Diego, sino que el nacimiento y filiación del nacido se han inscrito en el Registro Civil consular de Los Ángeles”, sino que la cuestión objeto de litigio se centraba en determinar si la gestación por sustitución, cuya filiación ya se halla debidamente acreditada, otorga a la madre un derecho a disfrutar del permiso de maternidad. A dichos efectos estableció que, en base a lo establecido por el artículo 2.2 del Real Decreto

¹¹⁴⁵ Entre muchas otras, la STSJ nº 2320/2012, Asturias, Sala de lo Social, sec. 1ª, de 20 de septiembre de 2012, rec. 1604/2012 (EDJ 2012/211107); STSJ nº 668/2012, Madrid, Sala de lo Social, sec. 4ª, de 18 de octubre de 2012, rec. 1875/2012 (EDJ 2012/255255); STSJ nº 7985/2012, Cataluña, Sala de lo Social, sec. 1ª, de 23 de noviembre de 2012, rec. 6240/2011 (EDJ 2012/302948); STSJ nº 216/2013, Madrid, Sala de lo Social, sec. 3ª, de 13 de marzo de 2013, rec. 3783/2012 (EDJ 2013/165535).

¹¹⁴⁶ PRESA GARCÍA-LÓPEZ, R., “Gestación por sustitución y prestaciones por maternidad (Análisis de los nuevos criterios administrativos con ocasión de las SSTs de 25 de octubre y de 16 de noviembre de 2016)”. *Aranzadi Digital*, núm. 1/2017. Cizur Menor (Navarra), 2017.

¹¹⁴⁷ STSJ nº 2320/2012, Asturias, cit.

295/2009, de 6 de marzo¹¹⁴⁸, que desarrolla reglamentariamente la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo¹¹⁴⁹, para la Igualdad efectiva de Mujeres y Hombres, y que entre las situaciones protegidas a efectos de la prestación por maternidad “2. 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”, realizando una “interpretación generosa” del contenido de dicho artículo, el Tribunal considera que los supuestos de filiación también están amparados por la norma y, por tanto, procede conceder la prestación por maternidad a favor de la madre intencional.

Sin embargo, tras las resoluciones del TJUE de 18 de marzo de 2014, diversos TSJ dictaron muchas otras sentencias¹¹⁵⁰ que no reconocían el derecho de los comitentes a las prestaciones por paternidad y por maternidad, habida cuenta de la prohibición de la gestación por sustitución en la legislación española, así como en base al tenor literal de las referidas resoluciones del TJUE, que consideraban necesario acatar dado su origen. Entre ellas, mencionaremos las dictadas por la Sala de lo Social del TSJ de País Vasco con fechas 13 de mayo de 2014¹¹⁵¹, 3 de mayo de 2016¹¹⁵² y 10 de mayo de 2016¹¹⁵³, que determinaron que nuestro país no está obligado a conceder un permiso de maternidad a las trabajadoras que hayan sido madres gracias a contratos de gestación subrogada, y que el hecho de denegar dicho permiso no

¹¹⁴⁸ 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. «BOE» núm. 69, de 21 de marzo de 2009.

¹¹⁴⁹ Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. «BOE» núm. 71, de 23 de marzo de 2007.

¹¹⁵⁰ Como, entre otras, la STSJ nº 944/2014, País Vasco, Sala de lo Social, sec. 1ª, de 13 de mayo de 2014, rec. 749/2014 (EDJ 2014/95340); STSJ nº 885/2016, País Vasco, Sala de lo Social, sec. 1ª, de 3 de mayo de 2016, rec. 651/2016 (EDJ 2016/69439); STSJ nº 906/2016, País Vasco, Sala de lo Social, sec. 1ª, de 10 de mayo de 2016, rec. 821/2016 (EDJ 2016/132007); STSJ nº 319/2015, Andalucía, Sala de lo Social, sec. 1ª, de 4 de febrero de 2015, rec. 1317/2014 (EDJ 2015/32141); STSJ nº 612/2014, Madrid, Sala de lo Social, sec. 5ª, de 7 de julio de 2014, rec. 142/2014 (EDJ 2014/163010); STSJ nº 658/2015, Madrid, Sala de lo Social, sec. 6ª, de 5 de octubre de 2015, rec. 473/2015 (EDJ 2015/191841).

¹¹⁵¹ STSJ nº 944/2014, País Vasco, Sala de lo Social, sec. 1ª, de 13 de mayo de 2014, cit.

¹¹⁵² STSJ nº 885/2016, País Vasco, Sala de lo Social, sec. 1ª, de 3 de mayo de 2016, cit.

¹¹⁵³ STSJ nº 906/2016, País Vasco, Sala de lo Social, sec. 1ª, de 10 de mayo de 2016, cit.

constituye discriminación hacia dicha trabajadora basada en el sexo, ni tampoco supone una discriminación por motivo de discapacidad.

No obstante, frente a las mencionadas sentencias denegatorias, el criterio mayoritario¹¹⁵⁴ de los Tribunales Superiores de Justicia seguía siendo favorable al reconocimiento de la prestación, al considerar que la inscripción en el Registro Civil consular de las certificaciones de nacimiento extranjeras, supone la superación del control de legalidad conforme a la Ley española¹¹⁵⁵, otorgando con ello validez a la atribución de la filiación que resulta de los acuerdos de gestación subrogada, por lo que no procede volver a cuestionar dichos extremos en el ordenamiento laboral.

La cuestión litigiosa sobre la que deben dilucidar los órganos jurisdiccionales de lo Social, debe limitarse a determinar si concurre o no el derecho de los comitentes a disfrutar de la prestación por maternidad, derecho que no sólo corresponde a los progenitores, sino también al menor que se ha integrado en su nueva familia, debiendo “permitirse y fomentarse el desarrollo y la protección de este vínculo a través del ejercicio pleno de las instituciones jurídicas y en igualdad al resto de situaciones porque así lo impone el interés superior del menor (ex arts. 8 de la CEDH, 3.2 de la Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos; en relación con la sentencia que se cita del

¹¹⁵⁴ STSJ nº 1259/2014, Canarias, Sala de lo Social, sec. 1ª, de 7 de julio de 2014, rec. 145/2014 (EDJ 2014/192285); STSJ nº 1201/2014, Madrid, Sala de lo Social, sec. 3ª, de 23 de diciembre de 2014, rec. 497/2014 (EDJ 2014/274152); STSJ nº 19/2015, Madrid, Sala de lo Social, sec. 3ª, de 13 de enero de 2015, rec. 688/2014 (EDJ 2015/5906); STSJ nº 1760/2015, Cataluña, Sala de lo Social, sec. 1ª, de 9 de marzo de 2015, rec. 126/2015 (EDJ 2015/51134); STSJ nº 575/2015, Canarias, Sala de lo Social, sec. 1ª, de 27 de marzo de 2015, rec. 1179/2013 (EDJ 2015/152518); STSJ nº 292/2015, Región de Murcia, Sala de lo Social, sec. 1ª, de 30 de marzo de 2015, rec. 931/2014 (EDJ 2015/48512); STSJ nº 603/2015, Castilla-La Mancha, Sala de lo Social, sec. 1ª, de 27 de mayo de 2015, rec. 1465/2014 (EDJ 2015/84294); STSJ nº 4314/2015, Cataluña, Sala de lo Social, sec. 1ª, de 1 de julio de 2015, rec. 2460/2015 (EDJ 2015/168626); STSJ nº 625/2015, Madrid, Sala de lo Social, sec. 1ª, de 17 de julio de 2015, rec. 429/2015 (EDJ 2015/142363); STSJ nº 5214/2015, Cataluña, Sala de lo Social, sec. 1ª, de 15 de septiembre de 2015, rec. 2299/2015 (EDJ 2015/191246); STSJ nº 923/2016, Cataluña, Sala de lo Social, sec. 1ª, de 11 de febrero de 2016, rec. 6519/2015 (EDJ 2016/53244); STSJ nº 120/2016, Madrid, Sala de lo Social, sec. 1ª, de 12 de febrero de 2016, rec. 739/2015 (EDJ 2016/38546); STSJ nº 214/2016, Madrid, Sala de lo Social, sec. 3ª, de 31 de marzo de 2016, rec. 577/2015 (EDJ 2016/68174); STSJ nº 2295/2016, Cataluña, Sala de lo Social, sec. 1ª, de 15 de abril de 2016, rec. 941/2016 (EDJ 2016/72241); STSJ nº 993/2016, Castilla-La Mancha, Sala de lo Social, sec. 1ª, de 14 de julio de 2016, rec. 1424/2015 (EDJ 2016/147284); STSJ nº 4766/2016, Cataluña, Sala de lo Social, sec. 1ª, de 19 de julio de 2016, rec. 2965/2016 (EDJ 2016/161912).

¹¹⁵⁵ STSJ nº 1201/2014, Madrid, Sala de lo Social, sec. 3ª, de 23 de diciembre de 2014, cit.

TEDH)”¹¹⁵⁶.

Es necesario prestar una protección social igualitaria a las distintas formas de familia mediante la ampliación del círculo de beneficiarios de los subsidios por maternidad, así como de los menores nacidos por gestación subrogada, siendo necesario para ello realizar una interpretación extensiva de la ley, más allá de su tenor literal, que permita colmar el vacío normativo existente en la materia¹¹⁵⁷.

En dicho sentido, tal y como establece la sentencia 1201/2014 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid¹¹⁵⁸, con fecha 23 de diciembre de 2014, resulta pacífica la consideración de que “la finalidad de la prestación de maternidad está relacionada no solo con el descanso obligatorio y voluntario por el hecho del parto, sino también con la atención o cuidado del menor, que se convierte en elemento prioritario desde el momento en que no solo se atribuye la condición de beneficiario a la madre, sino también al padre, ambos biológicos, y a supuestos en los que no hay alumbramiento en clara evidencia de que el objeto de la prestación se vincula más con la atención al menor, que con el hecho del parto y del descanso físico derivado del mismo”. Ello, hasta el punto de haberse reconocido los mismos efectos, no sólo a los supuestos de adopción o acogimiento, sino también a “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”, tal y como resulta del artículo 2.2 del Real Decreto 295/2009 mencionado anteriormente. En la misma sentencia, establece acertadamente¹¹⁵⁹ el Tribunal que resulta “evidente que el interés superior del menor, y como consecuencia

¹¹⁵⁶ STSJ nº 214/2016, Madrid, Sala de lo Social, sec. 3ª, de 31 de marzo de 2016, cit.

¹¹⁵⁷ BORRAJO DACRUZ, E., “Glosa Judicial. Gestación por sustitución y prestación por maternidad: Comentario a la STSJ Madrid, Social, de 18 de octubre de 2012 (1)”. *Actualidad laboral*. Núm. 2, 2013. Pág. 5.

¹¹⁵⁸ STSJ nº 1201/2014, Madrid, Sala de lo Social, sec. 3ª, de 23 de diciembre de 2014, cit.

¹¹⁵⁹ HERRANZ HERGUEDAS, M. “Derecho del padre a la prestación de maternidad: gestación por sustitución. STSJ Madrid 23 diciembre 2014 (AS 2015, 406)”. *Nueva revista española de Derecho del trabajo*. Núm. 178, 2015. Pág. 337-344.

los derechos fundamentales que con él se relacionan (no discriminación por razón de nacimiento), constituye y opera como una cláusula general de nuestro ordenamiento siempre que el interés de un menor es puesto en cuestión. Por ello, cuando una norma colisiona con el principio o cláusula general del interés superior del menor y con el de igualdad con independencia del nacimiento, su aplicación (e incluso su neutralización) debe realizarse conforme a las exigencias derivadas de un principio general prioritario, el del interés superior del menor”.

El derecho de todos los ciudadanos a ser iguales ante la Ley, propugnado en el artículo 14 de la Constitución española, que no permite que prevalezcan discriminaciones “por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”, junto con el deber de los poderes públicos de asegurar “la protección social, económica y jurídica de la familia”, así como el deber de los poderes públicos de prestar una protección integral de los hijos, que se consideran iguales ante la Ley, independientemente de su filiación, refuerzan la necesidad de reconocer el derecho de los padres a optar por la prestación por maternidad a cargo de la Seguridad Social pues existe un nexo existente entre la naturaleza jurídica de la filiación derivada de la gestación por sustitución, la finalidad del subsidio por maternidad y las Leyes españolas reguladoras de la conciliación de la vida laboral y familiar, y la efectividad de la igualdad entre hombres y mujeres¹¹⁶⁰.

Ante la gran cantidad de pronunciamientos dispares de los Tribunales Superiores de Justicia en la materia, se presentaron diversos recursos de casación en unificación de doctrina ante el Tribunal Supremo

Mediante la sentencia plenaria nº 897/2016, de 19 de octubre de 2016¹¹⁶¹, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, dicho órgano

¹¹⁶⁰ FLORES RODRÍGUEZ, J., “El derecho al subsidio por maternidad en los casos de gestación por sustitución”. *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*. Núm. 9, 2016. Pág. 7.

¹¹⁶¹ STS nº 897/2016, Sala de lo Social, Pleno, de 19 de octubre de 2016, rec. 1650/2015 (Id Cendoj: 28079149912016100031). Pte. Luis Fernando de Castro Fernández. En virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por el Letrado de la Seguridad Social, frente a la sentencia de fecha 9 de marzo de 2015, dictada por la Sala de lo Social del

tuvo que resolver el recurso interpuesto por parte del INSS contra la sentencia número 1760/2015, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 9 de marzo de 2015¹¹⁶², que había declarado el derecho de un padre intencional a percibir la prestación por maternidad en razón del nacimiento de su hijo concebido por gestación subrogada en California (EEUU).

El Supremo, al apreciar que en el procedimiento judicial objeto de sus actuaciones no existía la preceptiva contradicción, no entró a examinar la cuestión de fondo. No obstante, manifestó que “aunque la maternidad por sustitución no tiene en el Derecho de la Unión la misma protección que la maternidad natural, esta circunstancia no sería óbice para que el Derecho español pudiera -en su caso- atribuirle la misma consideración a los efectos legales; máxime cuando... el Derecho comunitario únicamente contempla como objeto de protección la gestación propiamente dicha, en tanto que nuestra legislación de Seguridad Social atribuye los mismos efectos a la adopción y al acogimiento, lo que -al menos a efectos dialécticos- pudiera dar una cierta cobertura argumental a la pretendida aplicación analógica de la prestación en los supuestos de maternidad subrogada”, lo que supone un claro avance en el reconocimiento de derechos sociales y, en especial, el derecho a la prestación por maternidad derivados de supuestos de gestación por sustitución¹¹⁶³.

Pero, poco después, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, ha dictado dos nuevas sentencias plenarias, la número 881/2016, de 25 de octubre de 2016¹¹⁶⁴ y la número 953/2016, de 16 de noviembre de 2016¹¹⁶⁵, en las que sí ha entrado en la cuestión de fondo, tratando de determinar “si la denominada ‘maternidad subrogada’ es una situación protegida por nuestro sistema de Seguridad Social”.

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que resolvió, a su vez, el recurso interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 28 de Barcelona, en los autos 535/2013.

¹¹⁶² STSJ nº 1760/2015, Cataluña, Sala de lo Social, de 9 de marzo de 2015, cit.

¹¹⁶³ CERVILLA GARZÓN, M.J., “El avance hacia el reconocimiento del derecho a la prestación por maternidad y otros derechos sociales en los supuestos de gestación por sustitución”. *Nueva revista española de Derecho del trabajo*. Núm. 188, 2016. Pág. 179-200.

¹¹⁶⁴ STS nº 881/2016, Sala de lo Social, Pleno, de 25 de octubre de 2016, rec. 3818/2015 (Roj: STS 5375/2016). Pte. Antonio V. Sempere Navarro.

¹¹⁶⁵ STS nº 953/2016, Sala de lo Social, Pleno, de 16 de noviembre de 2016, cit.

En la primera de las sentencias mencionadas, el recurrente, tras el nacimiento en Nueva Delhi (India) de sus dos hijas concebidas mediante la técnica de gestación por sustitución y cuya filiación se inscribió a su favor, solicitó al INSS la prestación y el descanso por maternidad derivados del nacimiento de las niñas, lo que le fue denegado. Tras los correspondientes recursos, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, dictó sentencia el día 15 de septiembre de 2015¹¹⁶⁶, por la que estimó el recurso de suplicación y reconoció haber lugar a la prestación de maternidad.

En la segunda sentencia, nos encontramos con un supuesto en el que la solicitante de las prestaciones de maternidad era una mujer que había tenido un hijo junto con su esposo, en virtud de un contrato de gestación por sustitución suscrito en California. Una vez inscrito el nacimiento en el Registro Civil consular de España en Los Ángeles y determinada la filiación a favor de los progenitores intencionales, la recurrente solicitó la prestación de maternidad que le fue denegada por el INSS “por no ser considerada la gestación de un menor por útero subrogado como situación protegida a los efectos de la prestación de maternidad”¹¹⁶⁷. La solicitante formuló el correspondiente recurso de suplicación, que le fue desestimado por la Sala de lo Social del TSJ de Madrid mediante sentencia de 7 de julio de 2014¹¹⁶⁸.

Contra ambas sentencias de los TSJ, se formularon sendos recursos de casación para la unificación de doctrina ante el Tribunal Supremo, que han dado lugar a las presentes resoluciones objeto de estudio.

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo, tras realizar un magnífico estudio pormenorizado de la situación legal existente de la gestación por sustitución en Derecho español, de la jurisprudencia en la materia dictada por la Sala Primera del Tribunal Supremo, por el TEDH y el TJUE, de las Resoluciones e Instrucciones de carácter administrativo de la DGRN, así como sin olvidar lo dispuesto en la Convención sobre los Derechos del Niño y en el

¹¹⁶⁶ STSJ nº 5214/2015, Cataluña, Sala de lo Social, de 15 de septiembre de 2015, cit.

¹¹⁶⁷ En el antecedente de hecho SEGUNDO de la STS nº 953/2016, Sala de lo Social, Pleno, de 16 de noviembre de 2016, cit.

¹¹⁶⁸ STSJ nº 612/2014, Madrid, Sala de lo Social, de 7 de julio de 2014, cit.

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, terminó desestimando en la primera de las sentencias el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por el INSS, y estimando en la segunda de ellas el interpuesto por la recurrente. En la primera mencionó que, salvo supuestos de fraude, al encontrarnos ante una verdadera integración de las menores en el núcleo familiar del “padre subrogado” quien era, a su vez, el padre biológico y registral de las niñas, existen poderosas razones para conceder las prestaciones asociadas a la maternidad previo el cumplimiento de los requisitos de acceso a dichas prestaciones.

Estimó, además, que las normas aplicables de la Seguridad Social, es decir, la entonces vigente Ley General de la Seguridad Social de 1994¹¹⁶⁹ (derogada por el actual Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social¹¹⁷⁰) y el Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad¹¹⁷¹, pese a que omiten la contemplación de los supuestos de gestación subrogada, no son tan cerradas “como para impedir su interpretación en el sentido más favorable a los objetivos constitucionales de protección al menor, con independencia de su filiación, y de conciliación de vida familiar y laboral”¹¹⁷².

Y en la segunda, alegó que en cumplimiento al deber de los poderes públicos de asegurar la protección integral de los hijos que resulta de los artículos 14 y 39.2 de la Constitución española, corresponde conceder permisos de maternidad a aquellas personas que hayan tenido hijos gracias a

¹¹⁶⁹ Art. 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. «BOE» núm. 154, de 29 de junio de 1994.

¹¹⁷⁰ Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. «BOE» núm. 261, de 31 de octubre de 2015.

¹¹⁷¹ 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. «BOE» núm. 69, de 21 de marzo de 2009.

¹¹⁷² En el apartado 4 del fundamento de derecho DÉCIMO de la STS nº 881/2016, Sala de lo Social, Pleno, de 25 de octubre de 2016.

convenios de gestación subrogada, basándose en que el respeto al interés superior del menor debe guiar cualquier decisión que les pueda afectar.

No obstante, la cuestión sigue sin ser pacífica, dado que ambas sentencias cuentan con diversos votos particulares formulados por un gran número de magistrados del Supremo. Así, al fallo de la sentencia 881/2016, de 25 de octubre de 2016, mediante dos votos particulares se oponen cinco¹¹⁷³ de los quince magistrados. Mientras que al fallo de la sentencia 953/2016, de 16 de noviembre de 2016, se oponen nada menos que siete¹¹⁷⁴ de los quince magistrados a través de otros dos votos particulares.

Todos dichos votos particulares se fundamentan, básicamente, en que el hecho de conceder la prestación por maternidad en los casos de gestación por sustitución, supone interpretar de modo forzado una situación protegida por el legislador, como es la maternidad, la adopción o el acogimiento, para dar cabida a otra situación prohibida legalmente en nuestro país, interpretación que no consideran conforme a Derecho.

Sin embargo, es necesario tener en cuenta, que tal y como resulta de los fallos del Supremo en las dos sentencias unificadoras de doctrina, la cuestión litigiosa debe limitarse a determinar en los presentes casos si, a la vista de la legislación laboral vigente, procede o no permitir el acceso a prestaciones por maternidad en situaciones en las que ya ha sido determinada la filiación de los niños nacidos por gestación subrogada y que, por tanto, no corresponde a los Tribunales de lo Social entrar a valorar la forma en que dicha filiación ha sido establecida.

¹¹⁷³ Un voto particular formulado por Don Luis Fernando de Castro Fernández, al que se adhiere el magistrado Don José Luis Gilolmo López, y otro voto particular formulado por Don José Manuel López García de la Serrana, al que se adhieren Doña María Milagros Calvo Ibarlucea y Don Jesús Souto Prieto.

¹¹⁷⁴ Un voto particular formulado por Don Luis Fernando de Castro Fernández, al que adhieren Doña María Milagros Calvo Ibarlucea y Don Jesús Souto Prieto, y otro voto particular formulado por Don José Manuel López García de la Serrana, al que se adhieren Doña María Milagros Calvo Ibarlucea, Don José Luis Gilolmo López y Don Jesús Souto Prieto.

CAPÍTULO XI. AVANCES E INICIATIVAS LEGISLATIVAS

RECIENTES PARA LA REGULACIÓN LEGAL DE LA

GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.

Además del importante avance en el reconocimiento de la gestación subrogada en nuestro país que supone la mención expresa de la necesidad de fomentar el respeto y protección de los niños y niñas nacidos a través de esta técnica en los dos textos normativos autonómicos mencionados anteriormente, en los últimos años, se han venido promoviendo en España otras iniciativas y propuestas impulsadas por distintos colectivos, como grupos parlamentarios, agrupaciones sociales¹¹⁷⁵, académicos, científicos y otros profesionales¹¹⁷⁶, que van desde recogidas de firmas¹¹⁷⁷ o preguntas formuladas en sesiones de control para la acción del Gobierno¹¹⁷⁸, hasta la presentación de proposiciones no de ley en el Congreso de los Diputados¹¹⁷⁹, dirigidas, en su mayoría, a

¹¹⁷⁵ Entre ellas destaca la Asociación “Son Nuestros Hijos”, que reúne a familias homoparentales, heteroparentales y monoparentales que recurren a la gestación subrogada como manera de acceder a la paternidad y maternidad. Disponible en: <<http://sonnuestroshijos.blogspot.com.es/>>. Última consulta: 12/01/2016.

¹¹⁷⁶ En la Propuesta de Bases Generales para la Regulación en España de la Gestación por Sustitución presentada por el Grupo de Ética y Buena Práctica de la Sociedad Española de Fertilidad (SEF) en abril de 2016, que veremos más adelante, además de los integrantes de dicho Grupo, participaron algunos miembros del Seminario de Investigación Bioética de la Universidad Complutense de Madrid y otros profesionales externos, como médicos, biólogos reproductivos, psicólogos, enfermeras, expertos en bioética y abogados especializados en Derecho sanitario, conformando un grupo multidisciplinar que reflexionó, concretó y propuso un conjunto de bases que podrían sustentar la futura regulación en España en materia de gestación subrogada.

¹¹⁷⁷ Dirigidas a la aprobación de una Iniciativa Legislativa Popular (ILP) en el Congreso. Como la que lleva impulsando la Asociación por la Gestación Subrogada desde el año 2014 y que obtuvo el apoyo, entre otros, del Pleno del Ayuntamiento de El Valle (Granada), según resulta de moción aprobada en Sesión Ordinaria de fecha 19 de diciembre de 2014. Según resulta del reportaje “Vientres sin ley”, publicado en el diario El País el 03/11/2013, o de la noticia “Cientos de familias luchan para que la gestación subrogada sea posible en España”, publicada el 13/11/2013, disponible en <http://www.vozpopuli.com/actualidad/sociedad/Embarazo-Gestacion_subrogada-Proposiciones_de_ley-Iniciativa_popular-Paternidad-Espana-Legislaciones-Firmas_0_638936119.html>. Y pudiéndose consultar el texto íntegro de la moción aprobada por el Ayuntamiento de El Valle, disponible en <<http://www.elvalle.es/wp-content/uploads/doc20150129134923.pdf>>. Últimas consultas: 10/01/2016.

¹¹⁷⁸ Entre otras, la pregunta para respuesta escrita formulada por la diputada Doña Elvira Ramón Utrabo, en sesión de control para la acción del Gobierno, sobre “previsiones acerca de modificar la Ley del Registro Civil para incorporar la Instrucción de 05 de octubre de 2010 de la DGRN (núm. reg. 141005)”, que figura en la página 87 del BOCG núm. 496, de 16 de julio de 2014.

¹¹⁷⁹ Como la Proposición no de Ley presentada por el Grupo Parlamentario de Unión Progreso y Democracia y debatida en el Congreso de los Diputados en octubre de 2015, o la Proposición

avanzar hacia la obtención de una, cada vez más necesaria, regulación de la gestación por sustitución.

Entre las iniciativas más recientes, destaca la Proposición no de Ley sobre la Creación de un Marco Regulatorio para Gestación Subrogada¹¹⁸⁰, presentada a la mesa del Congreso de los Diputados en febrero de 2015, para su debate en el Pleno y en la Comisión de Justicia, por el Grupo Parlamentario de Unión Progreso y Democracia.

Dicha Proposición, empezaba afirmando que los nuevos modelos familia y los avances en materia de biotecnología y medicina en relación a las técnicas de reproducción asistida suponen “realidades que, por novedosas y con escasos referentes previos, suscitan controversia y requieren las necesarias dosis de prudencia”, lo que no puede ser excusa “para la inacción o la falta de diligencia para el establecimiento de un marco jurídico adecuado”. Además, el hecho de que *de facto* se permita recurrir a la gestación por sustitución en el extranjero, “no solamente constituye un absurdo jurídico, sino que quiebra el principio de igualdad al limitar el acceso a esta técnica de reproducción asistida a las personas con suficientes recursos económicos y socioculturales para emprender esa vía de acceso al hecho parental fuera de nuestras fronteras”, pero con la consecuencia de búsqueda de gestantes de países en desarrollo, dónde no tienen garantizados sus derechos más elementales, ni tampoco una seguridad jurídica ni sanitaria para dichas mujeres, ni tampoco para los padres intencionales ni los futuros niños.

Por todo ello, consideraba necesaria la derogación del artículo 10 de la actual Ley 14/2006, de 26 de mayo, así como sentar articulación de la gestación subrogada basada en los siguientes principios: a) no aceptación de la subrogación tradicional, ni tampoco de la comercial, debiendo permitirse

no de Ley presentada por el Grupo Parlamentario de Ciudadanos en la Asamblea de Madrid en marzo de 2016, que también comentaremos seguidamente.

¹¹⁸⁰ Proposición no de Ley del grupo parlamentario Unión Progreso y Desarrollo, sobre la Creación de un Marco Regulatorio para Gestación Subrogada, presentada para su debate en el Pleno (expediente 162/001162), que resulta del Boletín Oficial de las Cortes Generales (BOCG) núm. 614, de 20 de febrero de 2015, pág. 6-8, y presentada para su debate en la Comisión de Justicia (expediente 161/003436), que resulta del BOCG núm. 615, de 23 de febrero de 2015, pág. 7-10.

abonar a la gestante tan solo una compensación económica resarcitoria por los “gastos de desplazamiento y laborales y el lucro cesante inherentes al procedimiento, y proporcionar a la mujer gestante las condiciones idóneas durante los estudios y tratamiento pregestacional, la gestación y el posparto”; b) consideración de esta técnica como excepcional, tras haber agotado o ser incompatibles los comitentes con otras técnicas de reproducción asistida, debiendo concurrir posibilidades razonables de éxito, no existan riesgos para la salud de la gestante ni del futuro niño, y exista un verdadero consentimiento informado previo; c) carácter irreversible del acuerdo de subrogación, no pudiendo establecerse ningún vínculo de filiación del niño con la gestante, ni los comitentes impugnar la filiación; d) que la gestante cuente con más de 18 años de edad, plena capacidad de obrar, buen estado de salud psicofísica y tenga, al menos, un hijo vivo sano, situación socioeconómica estable y haber residido en España durante los dos años inmediatamente anteriores a la formalización del acuerdo; e) creación de un Registro Nacional de Gestación por Subrogación, adscrito al Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad; y f) promover una regulación comunitaria común en materia de gestación subrogada.

Dicha proposición no de ley fue efectivamente debatida en el Congreso de los Diputados en la última sesión de la Comisión de Justicia de la legislatura de 20 de octubre de 2015¹¹⁸¹, por lo que finalmente quedó rechazada¹¹⁸², al considerar necesario la mayoría¹¹⁸³ de los grupos parlamentarios proceder a un análisis de fondo reposado de una cuestión de esta dimensión y envergadura que permitiese alcanzar una solución efectiva en la materia.

¹¹⁸¹ Y por último, debatida en el Congreso el día 20 de octubre de 2015, según resulta del Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados Núm. 900, de la sesión número 55 celebrada en la mencionada fecha, pág. 10-16.

¹¹⁸² Por 1 voto a favor, 36 en contra y 4 abstenciones.

¹¹⁸³ El Grupo Mixto, el Grupo Catalán de Convergencias y el Grupo Socialista solicitaban un debate con más tranquilidad, contando incluso con un trámite de comparencias o la creación de una comisión de estudio sobre la gestación subrogada, si fuera posible. El Grupo de la Izquierda Plural, se abstuvo por no tener una posición interna cerrada al respecto. Mientras que el Grupo Popular, directamente rechazó dicha Proposición no de Ley por motivos técnicos, jurídicos y éticos basados en el respeto a la dignidad humana, considerando que la subrogación supone ir *contra natura*.

Por otra parte, gracias a las enmiendas planteadas por diversos grupos parlamentarios¹¹⁸⁴ al articulado del Proyecto de Ley de Medidas de Reforma Administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil¹¹⁸⁵, se logró que la nueva Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, incorporase el contenido de la Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado¹¹⁸⁶, sobre régimen registral de los nacidos mediante gestación por sustitución, al tener más sentido que dicha regulación dirigida a proteger el interés superior de los menores formase parte de una ley, y no tanto de una instrucción¹¹⁸⁷.

Posteriormente, el 10 de marzo de 2016 el grupo parlamentario Ciudadanos¹¹⁸⁸ presentó ante la Asamblea de la Comunidad de Madrid una

¹¹⁸⁴ Como la Enmienda Núm. 2 planteada por el Grupo Parlamentario Mixto, que sugirió modificar la redacción del art. 44 LRC2011 para introducir el tenor literal de la Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, lo que sí se hizo, pero con un texto no coincidente exactamente con la propuesta efectuada por dicho grupo parlamentario. BOCG núm. 101-2, de 26 de mayo de 2015. Pág. 3-5.

¹¹⁸⁵ Enmiendas al articulado del Proyecto de Ley de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil (Núm. de expediente 121/000101), que resultan del BOCG núm. 101-2, de 26 de mayo de 2015, que terminó en la aprobación de la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil. «BOE» núm. 167, de 14 de julio de 2015.

¹¹⁸⁶ Retirándose, finalmente, de la que iba a ser la redacción de dicha Ley, la exigencia de que “en los casos de nacimiento fuera de España, cuyo régimen de filiación esté sujeto a la legislación extranjera, se consignará en todo caso la filiación materna correspondiente a la madre gestante”. En “La inminente reforma del Registro Civil no modificará el actual procedimiento para inscribir a los niños nacidos por vientre de alquiler”. *Noticias Jurídicas*, 03/06/2015. Disponible en: <<http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/10199--la-inminente-reforma-del-registro-civil-no-modificara-el-actual-procedimiento-para-inscribir-a-los-ninos-nacidos-por-vientre-de-alquiler/>>. Última consulta: 12/01/2016.

¹¹⁸⁷ No se tuvieron en cuenta en la norma finalmente aprobada, entre otras, la Enmienda Núm. 103 planteada por el Grupo Parlamentario Socialista, que consideraba necesario el establecimiento de medidas sancionadoras para quienes contraviniesen la prohibición legal de la gestación por sustitución, recomendado tipificar como muy grave “la publicidad o promoción directa o indirecta por cualquier medio, realizada por personas físicas o jurídicas, que incentive o facilite..., la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncie a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero”, infracción que pretendía sancionar, además de con multas pecuniarias, con la clausura o cierre de los locales en que se realizase la publicidad, entre otros. Asimismo, considerando “necesario establecer medidas sancionadoras para quien contravenga la prohibición de convenir la gestación, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero, sin cargar sobre los menores una suerte de sanción que vulnere su protección, teniendo siempre presente que el interés superior del menor, que ha de primar sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”. BOCG núm. 101-2, de 26 de mayo de 2015. Pág. 74-75.

¹¹⁸⁸ Proposición no de Ley (PNL-51/2016 RGEF.2399), presentada por el Grupo Parlamentario de Ciudadanos, con el siguiente objeto: “la Asamblea de Madrid insta al Gobierno de la Comunidad de Madrid, a instar al Gobierno de la Nación a impulsar, de forma inmediata, una Ley de regulación de Gestación Subrogada que garantice los derechos de todas las personas intervinientes en el proceso y, de forma especial, a los menores fruto de esa técnica de

proposición no de ley para que ésta, a su vez, instara al Gobierno de la Nación “a impulsar, de forma inmediata, una Ley de regulación de Gestación Subrogada que garantice los derechos de todas las personas intervinientes en el proceso y, de forma especial, a los menores fruto de esa técnica de reproducción”, petición que fue rechazada el 17 de marzo de 2016¹¹⁸⁹.

En la proposición de este grupo parlamentario, se señalaba que la subrogación constituye hoy en día “una realidad tanto en España como en los países de nuestro entorno, y se ve con la misma naturalidad que otras expresiones de los cambios de percepciones sociales ante instituciones ligadas a nuevos modelos familiares que tienen como denominador común el fijar el marco jurídico en el cual las personas quieren expresar su propia concepción de las relaciones familiares y asumir la condición de progenitores”, por lo que la sociedad hace tiempo que viene “demandando una ley cuyo objetivo sea el de regular la gestación subrogada y garantizar los derechos de todas las personas que intervienen en el proceso, y de forma muy especial, de los menores fruto de esta técnica”.

Entre las iniciativas ajenas al ámbito del poder ejecutivo, debemos destacar, especialmente, la Propuesta de Bases Generales para la Regulación en España de la Gestación por Sustitución¹¹⁹⁰, presentada en el mes de abril de 2016 por el Grupo de Ética y Buena Práctica de la Sociedad Española de Fertilidad (SEF)¹¹⁹¹, en cuya redacción colaboraron, a título individual, algunos miembros del Seminario de Investigación Bioética de la Universidad Complutense de Madrid, así como otros profesionales externos.

reproducción”. Boletín Oficial de la Asamblea de Madrid (BOAM) Núm. 49, de 10 de marzo de 2016. Pág. 5458-5460.

¹¹⁸⁹ BOAM Núm. 52, de 31 de marzo de 2016. Pág. 5736.

¹¹⁹⁰ NÚÑEZ, R., FEITO, L. y ABELLÁN, F. (Coord.), “Propuesta de Bases Generales para la Regulación en España de la Gestación por Sustitución”. Sociedad Española de Fertilidad (SEF), abril 2016. Disponible en: <http://www.sefertilidad.net/docs/grupos/etica/propuestaBases.pdf>. Última consulta: 09/01/2016.

¹¹⁹¹ Recordemos que la Sociedad Española de Fertilidad (SEF), es la sociedad científica con la que el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad tiene suscrito un convenio para que elabore los informes que incluyan datos estadísticos relativos a las Técnicas de Reproducción Asistida, a efectos de dar cumplimiento a lo previsto con relación al Registro Nacional de Actividad en la Ley 14/2006, de 26 de mayo.

Este grupo de trabajo multidisciplinar, cuya postura a favor o en contra de la subrogación no era unánime, tenía el objetivo de plantear “una propuesta reflexiva de bases o condiciones generales para el supuesto de que el legislador diera en algún momento el paso de su legalización en España”, considerando que dicha figura es una realidad y constituye una posibilidad técnica a la que recurren numerosos ciudadanos españoles en países extranjeros donde sí está permitida o, al menos, no prohibida expresamente, lo que unido a lo dispuesto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en las sentencias dictadas el 26 de junio de 2014¹¹⁹², “constituyen factores que no pueden pasar desapercibidos para los responsables políticos y que tensionan fuertemente la prohibición vigente”.

La propuesta del SEF, parte de las siguientes trece bases generales¹¹⁹³, que son desarrolladas a continuación en dicho documento¹¹⁹⁴:

1. El carácter excepcional que debe otorgarse a la gestación subrogada, basado en indicaciones médicas que así lo aconsejen, o por encontrarnos ante un supuesto de la denominada esterilidad “estructural”, es decir, parejas homosexuales masculinas u hombres sin pareja.

2. La necesidad de que tanto la gestante¹¹⁹⁵ como los progenitores intencionales¹¹⁹⁶, reúnan ciertos requisitos objetivos de edad, capacidad, madurez, salud física y psicológica, así como que la gestante no se encuentre en grave situación de necesidad, lo que deberán comprobar los servicios sociales correspondientes.

¹¹⁹² En los casos *Menesson c. France* (n.º 65192/11) y *Labassee c. France* (n.º 65941/11).

¹¹⁹³ NÚÑEZ, R., FEITO, L. y ABELLÁN, F. (Coord.), “Propuesta de Bases...”, cit., pág.3-5.

¹¹⁹⁴ *Ibid.*, pág.4-26.

¹¹⁹⁵ A la que se exige que cuente con entre 18 y 35 años de edad, tenga plena capacidad de obrar, buena salud psicofísica, que no tenga antecedentes de consumos de drogas o alcoholismo y no padezca enfermedades graves o transmisibles que puedan comprometer su salud o la del futuro niño, entre otros.

¹¹⁹⁶ Que deberán someterse a un proceso de valoración y asesoramiento educacional y psicosocial, que incluirá entrevistas y tests específicos para realizar un *screening* adecuado. Con respecto a los límites de edad aplicables a los comitentes, la Propuesta se remite a los aplicados a los usuarios de técnicas de reproducción asistida.

3. Que se transfieran a la gestante un máximo de dos embriones en cada ciclo de subrogación, exista un seguro médico que pudiera cubrir cualquier complicación, así como que, en su caso, cuente con el debido apoyo psicológico, tanto durante el embarazo como después del parto.

4. La no aceptación de la subrogación “tradicional”, es decir, aportando la gestante sus propios gametos para la fecundación. Dichos gametos deberán proceder de al menos uno de los miembros de la pareja subrogada, o bien de la persona subrogada si actúa sola, “ya que, a juicio de la mayoría de los miembros del grupo de trabajo, en otro caso desaparece la justificación para recurrir a esta técnica y se podría favorecer el comercio de niños”¹¹⁹⁷.

5. Que la gestante cuente con el consentimiento de su esposo o pareja de hecho y que tenga algún hijo propio sano, con la finalidad de que conozca realmente lo que supone un embarazo a la hora de prestar su consentimiento informado, así como que haya desarrollado con anterioridad al proceso su propio proyecto reproductivo personal.

6. Que la selección de la gestante no la efectúen los comitentes, sino que responda a criterios médicos. Asimismo, se considera oportuno que la gestante no tenga ninguna relación de parentesco, laboral, de dependencia institucional o jerárquica con los comitentes, a efectos de que ello no afecte a su libertad de decisión.

7. Que no concorra ánimo de lucro¹¹⁹⁸, pudiendo percibir la gestante tan sólo una compensación económica por las molestias ocasionadas, que podrá

¹¹⁹⁷ A dicho respecto, un sector minoritario del grupo de trabajo, consideraba que también debería permitirse el acceso a la subrogación a aquellos comitentes que acreditasen mediante certificado médico, la imposibilidad por parte de ambos de aportar sus gametos por ser biológicamente imposible. Sin embargo, ante el carácter excepcional de esta técnica, la mayoría de los miembros del grupo no estimaron justificado recurrir a la misma en caso de no existir vínculo genético.

¹¹⁹⁸ En línea con lo establecido en el Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina (Convenio de Oviedo de 1997), proclama en su art. 21 que “El cuerpo humano y sus partes, como tales, no deberán ser objeto de lucro”. Dicho Convenio fue ratificado por España mediante Instrumento de ratificación 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 (Convenio relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina), hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997. «BOE» núm. 251, de 20 de octubre de 1999.

incluir los gastos médicos directamente relacionados con el embarazo que no tuviera cubiertos y que deberá ser fijada por la Administración Pública.

8. Contar con un informe favorable emitido por un Comité Ético que deberá valorar diversos aspectos con relación a los padres intencionales, la gestante, las salvaguardas durante la gestación y con respecto a la futura descendencia¹¹⁹⁹.

9. Contar con una autorización judicial previa al inicio del proceso que permita descartar completamente el tráfico de niños o la explotación de la mujer, y constate la existencia de un verdadero consentimiento informado voluntario.

10. Reconocer a las partes el derecho a determinar el régimen anónimo o no del vínculo existente entre ellos, es decir, siempre que exista conformidad tanto de los comitentes como de la gestante, que exista la posibilidad de identificarse y estar en contacto durante el embarazo.

11. Que se reconozca a la gestante su autonomía y plenitud de derechos para poder interrumpir el embarazo o continuarlo¹²⁰⁰, independientemente de la voluntad de los comitentes y sin perjuicio de las indemnizaciones que pudieran corresponder, pero no pudiéndose negar en ningún caso a la entrega del niño a favor de los mismos.

12. La creación de un Registro de gestantes por sustitución, “dirigido a evitar la profesionalización en esta materia”¹²⁰¹.

13. Y la posibilidad de existir agencias intermediarias homologadas, altruistas y sin ánimo de lucro, que no realicen publicidad que aliente a recurrir a esta práctica a cambio de beneficios económicos.

¹¹⁹⁹ NÚÑEZ, R., FEITO, L. y ABELLÁN, F. (Coord.), “Propuesta de Bases...”, cit., pág.18-20.

¹²⁰⁰ Puesto que hay que reconocer el derecho de la gestante a conservar su dignidad personal, su autonomía y plenitud de derechos, desde el momento de la concepción hasta el instante del nacimiento del niño. *Ibíd.*, pág. 23.

¹²⁰¹ *Ibíd.*, pág. 25.

Finalmente, tras la detención practicada por la Guardia Civil de Cádiz a finales del mes de noviembre de 2016, de tres personas en el marco de la operación “Princesita”¹²⁰², quienes presuntamente habían llevado a cabo un proceso de gestación subrogada en nuestro país, Rafael Catalá Polo, actual ministro de Justicia español, en declaraciones efectuadas a Onda Cero el día 30 de noviembre, afirmó que la regulación de la gestación por sustitución se encuentra en las agendas de los Ministerios de Sanidad y de Justicia para esta legislatura, considerando necesario que, antes o después, el Ejecutivo legisle en torno a esta figura con la finalidad de “establecer algunos límites para evitar que haya un mercadeo, que convierta en un negocio el encargo de una gestación”¹²⁰³.

Asimismo, indicó que se trata de un asunto delicado y difícil de regular, debiendo delimitarse las necesidades actuales del conjunto de la sociedad española que permitan legislar conforme al interés general pero, en ningún caso, aceptando un sistema que implique pagos a favor la gestante¹²⁰⁴.

Por todo lo expuesto, la regulación de la gestación por sustitución en España parece estar cada vez más cerca.

Con respecto al Registro Nacional de donantes de gametos y preembriones, que todavía no existe en España y cuya creación estaba prevista ya desde la promulgación de la primera ley española en materia de técnicas de reproducción asistida del año 1988, también se han producido diversas iniciativas dirigidas a exigir al Gobierno su necesaria e inmediata creación. La última de ellas, presentada por el grupo PSOE ante el Parlamento de Andalucía en forma de proposición no de ley¹²⁰⁵, dirigida a obtener el

¹²⁰² Noticia mencionada anteriormente en el apartado correspondiente a “Sanciones penales”.

¹²⁰³ LÓPEZ, C., “España prepara una ley de vientres de alquiler”. La Vanguardia, 14/12/2016. Disponible en: <<http://www.lavanguardia.com/vida/20161214/412602666192/espana-prepara-ley-vientres-alquiler.html>>. Última consulta: 09/01/2016.

¹²⁰⁴ “Catalá afirma que la maternidad subrogada “está en la agenda” aunque “en ningún caso” a cambio de un pago”. Europa Press, 01/12/2016. Disponible en: <<http://www.europapress.es/sociedad/noticia-catala-afirma-maternidad-subrogada-agenda-ningun-caso-cambio-pago-20161201111824.html>>. Última consulta: 09/01/2016.

¹²⁰⁵ 10-16/PNLC-000280, Proposición no de ley relativa a la creación de un registro nacional de donantes. Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía, Núm. 346, de 18 de noviembre de 2016. Pág. 18. Aprobada por la Comisión de Salud en sesión de 27 de octubre de 2016.

impulso de la acción del Gobierno para la efectiva creación del repetido Registro y publicada en Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía de 18 de noviembre de 2016.

En el mismo mes de noviembre de 2016, previamente a la publicación de la citada proposición en el Parlamento andaluz, la subdirectora general de la Cartera Básica de Servicios del Sistema Nacional de Salud y Fondo de Cohesión, MARAVILLAS IZQUIERDO, anunció en un congreso de la Sociedad Española de Fertilidad (SEF), que ya se ha finalizado el proyecto de Real Decreto que regulará el Registro de donantes de gametos y preembriones¹²⁰⁶, por lo que parece ser que su aprobación está próxima¹²⁰⁷.

Pero, en sentido contrario, también existen distintas iniciativas que consideran que, aunque el deseo de tener hijos supone una decisión noble, ello no se puede llevar a cabo a costa de los derechos de otras personas, siendo necesario dotar de una verdadera eficacia legal a la nulidad de los contratos de gestación por sustitución.

Este es el caso del “Informe sobre los aspectos Éticos y Jurídicos de la Maternidad Subrogada”¹²⁰⁸ emitido por el Comité de Bioética de España¹²⁰⁹ en

¹²⁰⁶ “Donantes de semen: por fin habrá un registro, con 10 años de retraso”. Periódico El español, 09/11/2016. Disponible en: <http://www.elespanol.com/ciencia/salud/20161108/169233574_0.html>. Última consulta: 08/01/2016.

¹²⁰⁷ Aunque es necesario destacar que ya han existido anuncios anteriores en sentido similar que todavía no han dado sus frutos. Como en una noticia de julio del año 2015, en la que el Ministerio ya anunciaba su decisión de recuperar la creación de dicho Registro, en un borrador de Proyecto de Real Decreto. En “Sanidad retoma el registro nacional de gametos y preembriones”. Diario médico.com, 13/07/2015. Disponible en: <<http://www.diariomedico.com/2015/07/13/area-profesional/sanidad/sanidad-retoma-el-registro-nacional-de-gametos-y-preembriones>>. Última consulta: 08/01/2016.

¹²⁰⁸ LÓPEZ Y LÓPEZ, M.T. et al., *Informe del Comité de Bioética de España sobre los Aspectos Éticos y Jurídicos de la Maternidad Subrogada*. Comité de Bioética de España. Madrid, 2017. Disponible en: <http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.002.pdf>. Última consulta: 27/05/2017.

¹²⁰⁹ El Comité de Bioética de España, adscrito al Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, se creó por la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica como órgano colegiado, independiente y de carácter consultivo, dirigido a desempeñar funciones, con plena transparencia, sobre materias de la Biomedicina y Ciencias de la Salud que conlleven implicaciones éticas y sociales. Su misión radica en emitir informes, propuestas y recomendaciones dirigidas a los poderes públicos estatales y autonómicos en relación con las mencionadas materias, así como establecer principios generales para elaborar códigos de

su reunión plenaria de 8 de mayo de 2017 y elaborado a iniciativa del propio Comité con la intención de ayudar en el debate sobre la conveniencia de regular o, al menos, legalizar los contratos de gestación por sustitución.

El citado Informe pone de relieve dos problemas jurídicos existentes en nuestro país en relación con la gestación subrogada. Por una parte, el hecho de que pese a hallarse prohibida la subrogación en nuestro país, muchos españoles sean capaces de recurrir a esta figura en el extranjero en otros países donde sí es legal, lo que reduce la eficacia de la ley española y su aplicación a aquellas personas que carecen de recursos y temeridad para poder sortearla en el extranjero. Por otra parte, la necesidad de que los operadores jurídicos velen por el niño que nacerá como consecuencia del proceso, con respecto al cual deberá determinarse, entre otros aspectos, si se debe reconocer su filiación legal a favor de los comitentes pese a hallarse prohibida la subrogación en nuestro país, o si, por el contrario, resultaría más coherente no hacerlo para desincentivar su práctica¹²¹⁰.

En dicho informe, los miembros de la Comisión tras reflexionar sobre las distintas posibilidades, aspectos y valoraciones en relación con la gestación subrogada y constatar que la experiencia de los últimos años ha dejado claro que la regulación actual no resulta suficientemente efectiva para lograr el objetivo perseguido consistente en la nulidad de pleno derecho de los contratos que la tengan por objeto, termina concluyendo que existen sólidas razones para rechazarla¹²¹¹.

Así, la mayor parte de los miembros de la Comisión, entienden que dichos contratos no pueden aceptarse por principio, independientemente de su carácter lucrativo o altruista, ya que entrañan una explotación de la mujer gestante y un daño al interés superior del menor. Asimismo, pese a no considerarse legisladores ni tampoco un órgano creado para asesoramiento técnico-jurídico, proponen tres criterios que deberían orientar una futura

buenas prácticas de investigación científica y, finalmente, representar a España en foros y organismos supranacionales e internacionales implicados en la bioética.

¹²¹⁰ LÓPEZ Y LÓPEZ, M.T. et al., *Informe del Comité de Bioética...*, cit., pág. 3.

¹²¹¹ *Ibid.*, pág. 86.

propuesta de reforma de la norma vigente para que la misma siguiese alcanzando el objetivo para el que fue creada: a) en primer lugar, establece la Comisión que la reforma de la ley debería hallarse orientada hacia lograr la nulidad de los contratos que tengan por objeto la subrogación, no solo en territorio nacional, sino también de aquellos celebrados en el extranjero, para lo que quizás “podría considerarse la posibilidad de sancionar a las agencias que se dedicaran a esta actividad”¹²¹²; b) en segundo lugar, se propone que “España defienda, en el seno de la comunidad internacional, la adopción de medidas dirigidas a prohibir la celebración de contratos de gestación por sustitución a nivel internacional”¹²¹³; y, por último, c) en tercer lugar, dispone que será necesario en el momento de aprobar la nueva regulación, tener en cuenta los procesos de gestación por sustitución internacional ya iniciados, siendo “importante que la transición a una regulación más efectiva no produzca el efecto colateral de dejar desprotegidos a los niños que nacen de estos procesos”¹²¹⁴.

Frente a esta postura mayoritaria, otros miembros del Comité aunque aceptaban que esta práctica podría regularse de modo que se llegase a compaginar la satisfacción del deseo de los comitentes de tener un hijo con la garantía de los derechos e intereses de los otros, no alcanzaban a dilucidar una fórmula que permitiese llevarlo a cabo en el contexto actual¹²¹⁵.

¹²¹² *Ibíd.*, pág. 86. Ya que dichas agencias mediadoras “lejos de advertir sobre la irregularidad de la situación y el consiguiente margen de inseguridad jurídica en el que se realizan esas acciones, dan por supuesto que no existe problema legal alguno”. *Ibíd.*, pág. 84-85.

¹²¹³ *Ibíd.*, pág. 87. Asimismo, tal y como se indica en el informe, “se plantea la cuestión acerca de si prohibir la maternidad subrogada internacional contribuye a prevenir el mercado negro de niños o, más bien, a fomentarlo. Existen argumentos para sustentar una posición y la otra. Para unos legalizar la maternidad subrogada internacional supone legitimar incrementa inmediatamente la demanda, e impulsa la aparición de un mercado negro en el que la demanda pueda ser satisfecha sin las restricciones establecidas por la ley y en condiciones más económicas. Para otros la regulación permite satisfacer el deseo de tener un hijo en el marco del Derecho y previene el riesgo de aparición de una oferta ilegal para satisfacerlo”. *Ibíd.*, pág. 40.

¹²¹⁴ *Ibíd.*, pág. 87.

¹²¹⁵ *Ibíd.*, pág. 86. A este respecto, es de destacar el voto particular emitido por CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA que figura en las páginas 88 a 92 del informe. En el mismo, ROMEO CASABONA, tras recordar que al día de hoy y conforme al tenor literal de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, la gestación subrogada no se halla prohibida y, por consiguiente, su utilización no lleva aparejada ninguna sanción, al menos para las personas más directamente involucradas, actualmente no cabe, en su opinión, “otra respuesta mejor que la de asumir la nulidad del contrato de gestación por sustitución que señala la Ley sobre Técnicas de

Reproducción Humana Asistida”. Sin embargo, establece que, ello expuesto, tampoco le parece que dicha opción deba tomarse como la respuesta definitiva, sino que “En una futura, y esperemos que cercana, situación de mayor seguridad jurídica, podría plantearse la posibilidad de abrir la maternidad subrogada a ciertas situaciones, siempre vistas como excepcionales. Como premisas habría que saber conjugar, ...por este orden, los intereses de los hijos, los de las madres gestantes y los de las parejas comitentes”.

CAPÍTULO XII. SITUACIÓN LEGAL DE LA GESTACIÓN **SUBROGADA EN CALIFORNIA (EEUU).**

12.1. Consideraciones generales y antecedentes legislativos.

En Estados Unidos existe una larga tradición en la protección de la libertad al derecho a la reproducción¹²¹⁶, siendo cada Estado competente para establecer sus propios parámetros al respecto, ya sea para reconocer ampliamente el derecho de los ciudadanos a su libertad reproductiva, o bien para limitar ciertos aspectos mediante el establecimiento de las pertinentes regulaciones¹²¹⁷.

Dentro de dicho derecho a la reproducción, se encuentra enmarcada la gestación por sustitución y, pese a que se ha hecho cada vez más frecuente en los últimos años, es una cuestión que continúa siendo controvertida y con regulación no uniforme entre los distintos Estados estadounidenses¹²¹⁸. Así, algunos de ellos la prohíben expresamente, en otros no se halla regulada y, por último, existe un tercer grupo en los que los contratos de subrogación se aceptan y son legalmente vinculantes, entre los que se encuentra California, que es uno de los más favorables, más liberales y que más garantías ofrece en torno a los contratos de subrogación¹²¹⁹.

¹²¹⁶ Derecho a la reproducción que abarca, no sólo la libertad de los hombres y mujeres para decidir la forma, momento y extensión de la descendencia que deseen alcanzar, sino también la facultad para recurrir a métodos o sustancias anticonceptivas dirigidas a evitar la fecundación y, por tanto, el embarazo, incluyéndose, en última instancia, el derecho al aborto. En MC BRIDE, D.E. y PARRY, J.A., *Women's Rights in the USA. Policy Debates and Gender Roles* (5th edition). Routledge. New York, 2016. Pág. 92-110.

¹²¹⁷ GARRITY, A., "A Comparative Analysis of Surrogacy Law in the United States and Great Britain - A Proposed Model Statute for Louisiana", *Louisiana Law Review*, Vol. 60, Núm. 3 (Spring 2000). Louisiana (EEUU), 2000. Pág. 812.

¹²¹⁸ A efectos de alcanzar una idea global sobre la situación existente en cada uno de los Estados de EEUU, es interesante consultar la información proporcionada en la página <<http://www.creativefamilyconnections.com/us-surrogacy-law-map>>. Última consulta: 13/02/2017.

¹²¹⁹ Garantías que, conforme a la legislación californiana, impiden la compraventa de niños, garantizan la prestación de un consentimiento libre e informado de la mujer gestante e impiden, igualmente, que los intermediarios se lucren indebidamente durante el proceso, tal y como establecen CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZALEZ, J., en "Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 (247/2014). Gestación por sustitución en California". En YZQUIERDO TOLSADA, M. (Dir.), *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina*. Dykinson. Madrid, 2016. Pág. 404.

En 1988, la Conferencia Nacional de Comisionados sobre Leyes Estatales Uniformes¹²²⁰ de los EEUU, propuso un Acta Uniforme para todo el país relativa al status legal de los niños nacidos por reproducción asistida (USCACA)¹²²¹ cuya principal finalidad se dirigía hacia tratar de asegurar cierto grado de certeza en la determinación legal de la filiación de los nacidos a partir de acuerdos de gestación por sustitución u otras técnicas de reproducción asistida.

Dicha Acta no pretendía convertirse en un documento legal que regulara por completo la figura de la subrogación sino, tan solo, emplear tangencialmente algunos de los elementos de la gestación por sustitución para, posteriormente, aumentar y clarificar los derechos de los niños nacidos de las nuevas técnicas médicas reproductivas y los de las partes intervinientes en estos acuerdos.

El Comité encargado de la redacción del acta, era consciente de la necesidad de proteger primordialmente el interés superior de los niños, que podían llegar a tener desde cinco progenitores, hasta no tener ninguna persona que finalmente quisiera responsabilizarse de su cuidado, atención, ni manutención, siendo necesario establecer criterios que permitiesen determinar su estatus, derechos, seguridad y bienestar, tratando de evitar por todos los medios que quedasen desatendidos por completo.

Para que un acuerdo de gestación por sustitución se considerase válido, además de cumplir con los requisitos¹²²² establecidos en la USCACA, se exigía la supervisión del procedimiento por parte de los tribunales competentes conforme al procedimiento establecido en el artículo 6 del referido texto legal.

¹²²⁰ *The National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*. Dicho organismo sirve a los distintos Estados de EEUU mediante la redacción de leyes estatales sobre temas controvertidos en los que es recomendable la uniformidad. Una vez aprobadas por la Conferencia, se recomienda su aprobación a los distintos Estados, para lo que son debatidas y, en su caso, aprobadas si así lo estiman oportuno.

¹²²¹ “*Uniform Status of Children of Assisted Conception Act (USCACA)*”, July 29-August 5, 1988.

¹²²² Exigiendo, entre otros requisitos, que los progenitores intencionales fuesen dos personas casadas, que la gestante fuera mayor de edad, que como mínimo hubiese llevado un embarazo a término previamente o que la concepción tuviese lugar mediante técnicas de reproducción asistida.

Estaba prevista la posibilidad de dejar sin efecto el acuerdo de subrogación por cualquiera de las partes antes de alcanzar el embarazo por parte de la gestante, o bien, si ésta hubiera aportado también sus ovocitos para la fecundación, se le otorgaba un plazo de 180 días tras la última inseminación, es decir, de unos seis meses para poder cambiar de idea y decidir quedarse con el niño¹²²³.

En principio, consideraba madre legal del niño a la mujer que daba a luz¹²²⁴, salvo que existiese un acuerdo firmado por la gestante, su esposo -si estuviera casada-, y por los comitentes, en el que la primera hubiera renunciado a sus derechos y obligaciones paterno-filiales en favor de los padres intencionales. Dicho acuerdo debía someterse a aprobación por parte del tribunal competente antes del nacimiento del niño, quien determinaría la filiación del nacido a favor de los comitentes si verificaba la concurrencia de los requisitos establecidos en el artículo 6.b¹²²⁵ del Acta. Sin ello, el contrato tendría la consideración de nulo y, por tanto, sería la gestante la madre legal del menor¹²²⁶.

No obstante, dicho texto normativo tan solo fue adoptado en algunos Estados estadounidenses¹²²⁷, pero nunca fue aprobado en California.

¹²²³ Tal y como indica el Comité redactor de la *USCACA*, algunos consideran que una vez validado el acuerdo de subrogación por parte de un tribunal competente, no debería permitirse el derecho a retractarse por parte de la gestante de forma unilateral, ya que ésta se ha comprometido libre y voluntariamente a cumplir con lo estipulado en el contrato. Sin embargo, otros estiman que el consentimiento prestado por parte de la gestante para la entrega del niño, debería producirse necesariamente tras el alumbramiento, asimilando sus derechos con los de las mujeres que consienten dar en adopción a sus hijos. No obstante, no se puede olvidar que la situación derivada de un acuerdo de gestación por sustitución es completamente diferente a la que resulta de un proceso de adopción

¹²²⁴ *USCACA, Section 2.*

¹²²⁵ Como, entre otros, la competencia del tribunal; la imposibilidad de la madre intencional de llevar un embarazo a término por sí misma; que todas las partes han firmado el acuerdo voluntariamente y que comprenden sus términos, naturaleza, significa y efectos; que la gestante ha tenido al menos un embarazo previo; que se ha realizado una provisión adecuada para cubrir los costes médicos de todo el proceso; así como acompañar a la solicitud presentada en el tribunal los correspondientes informes médicos, psicológicos o de idoneidad llevados a cabo en relación con las partes.

¹²²⁶ *USCACA, Section 5.*

¹²²⁷ Como en el de Virginia, donde actualmente la gestación por sustitución está permitida y se halla regulada en los arts. §20-159 a §20-163 del *Code of Virginia*, manteniéndose, entre otros, el periodo de reflexión de 180 días concedido a la gestante subrogada “tradicional”, es decir, la

En cuanto al Estado de California, pese a que tardó en adoptar normas reguladoras de la gestación por sustitución, sus tribunales fueron pioneros en marcar una línea jurisprudencial tendente al reconocimiento y obligatoriedad de los acuerdos que la tenían por objeto, siendo los primeros en dotar de valor preponderante a la intención de las partes en caso de disputa, frente a los hechos de la biología o la gestación¹²²⁸, por lo que se le ha venido considerando desde un primer momento como el Estado más favorable en torno a la subrogación¹²²⁹.

Aunque no existen estadísticas oficiales al respecto, se puede afirmar que un gran número de los niños concebidos en EEUU a partir de esta técnica nacieron en el Estado de California¹²³⁰.

Actualmente, su Código de Familia contiene un abanico de normas que regulan dicha figura, las cuales permiten otorgar eficacia vinculante a los acuerdos de subrogación, así como establecer derechos paterno-filiales a favor de los comitentes, que bajo el sistema previsto, figurarán directamente como los padres del niño en el certificado de nacimiento expedido por la autoridad registral californiana¹²³¹, sin necesidad de acudir a un procedimiento de adopción, lo que permitirá, en aquellos supuestos en que los padres intencionales sean a la vez los genéticos, que la filiación del menor coincida directamente con la verdad biológica¹²³².

que hubiese aportado sus ovocitos para la concepción, para echarse atrás del acuerdo y quedarse con el niño.

¹²²⁸ KINDREGAN, C.P. y McBRIEN, M., *Assisted Reproductive Technology. A Lawyer's Guide to Emerging Law and Science*. ABA Publishing. Chicago (Illinois), 2011. Pág. 162.

¹²²⁹ GARRITY, A., "A Comparative Analysis...", cit., pág. 815.

¹²³⁰ Congregándose también en el mismo un gran número de agencias para la intermediación en el proceso de gestación subrogada. CABALLERO, S.M., "Gestational Surrogacy in California". En SILLS, E.S. (Ed.), *Handbook of Gestational Surrogacy: International Clinical Practice and Policy Issues*. Cambridge University Press. Cambridge (UK), 2016. Pág. 296.

¹²³¹ Tras seguir un procedimiento civil ante los tribunales californianos, se podrán obtener las certificaciones de nacimiento expedidas por la "California Office of Vital Records" en las que figurarán directamente los comitentes como los padres del menor nacido. QUIÑONES ESCÁMEZ, A., "Doble filiación paterna...", cit., pág. 5.

¹²³² A este respecto, considera QUIÑONES ESCÁMEZ que no permitir la inscripción en España conforme a lo que resulta de las certificaciones registrales californianas que determinan la filiación a favor de los comitentes, pretendiendo considerar a la gestante norteamericana que da a luz como madre del niño, sería "una solución ajena a la verdad biológica. ...una solución ajena a la verdad social. E, incluso, ...una solución ajena a la verdad jurídica en el otro país". *Ibid.*, pág. 20.

La gestación por sustitución está ampliamente permitida en California, desde las modalidades altruista o comercial, hasta la tradicional o la gestacional, admitiéndose el acceso a dicha técnica de reproducción asistida a toda persona, independientemente de su edad, nacionalidad, grado de infertilidad, estado civil y/o de su orientación sexual, así como a las personas que deseen acceder a la paternidad de forma individual, ya sean hombres como mujeres, lo que la convierte en un destino muy popular tanto para nacionales como para ciudadanos extranjeros¹²³³.

Frente a la garantía y seguridad que supone recurrir a un Estado como California, en el que los acuerdos son vinculantes y se podrá acceder a la resolución judicial que asigna la filiación del niño a favor de los comitentes antes del nacimiento, nos encontramos con el inconveniente del coste que podrá tener todo el proceso, que puede llegar a ser más caro aquí que en otros Estados¹²³⁴.

Así, los gastos en los que pueden llegar a incurrir los padres intencionales, dependiendo de los servicios que precisen contratar, podrán rondar entre los 100.000 y los 150.000 dólares¹²³⁵, o incluso cantidades superiores si surgieran circunstancias excepcionales no previstas o no cubiertas por el seguro, como un embarazo de riesgo debido a una actuación negligente por parte de la gestante o un nacimiento prematuro de los niños que

¹²³³ Tal y como afirma TEMAN, al ponerla en comparación con otros sistemas más restrictivos como puede ser el de Israel. En TEMAN, E., "Surrogacy in Israel: State-Controlled Surrogacy as a Mechanism of Symbolic Control". En SILLS, E.S. (Ed.), *Handbook of Gestational Surrogacy: International Clinical Practice and Policy Issues*. Cambridge University Press. Cambridge (UK), 2016. Pág. 168.

¹²³⁴ FIELD, M.A., "Compensated surrogacy". *Washington Law Review*, Vol. 89, Núm. 4. Washington University. Washington (EEUU), 2014. Pág. 1161.

¹²³⁵ Existen simuladores on-line que permiten calcular los costes que puede llegar a suponer el proceso. Como el proporcionado por la empresa Growing Generations, LLC, que figura en el enlace: <<https://www.growinggenerations.com/surrogacy-program/intended-parents/surrogacy-cost/>>; o el de la compañía Circle Surrogacy, Ltd., disponible en: <<http://www.circlesurrogacy.com/costs>>, ambas con oficinas tanto en California como en otros Estados de los EEUU. En dichos simuladores, seleccionando diversas variables, como puede ser la necesidad de recurrir o no a donantes de gametos, arrojan el coste aproximado de la gestación subrogada. En la primera de las páginas, marcando todas las opciones posibles, arroja una cifra de 152.290 dólares. Mientras que en la segunda, el mayor importe que se puede alcanzar es de 108,700 dólares, pero excluyéndose de los mismos los honorarios médicos correspondientes a la fecundación *in vitro*, el seguro, gastos de viaje y/o otros incidentes, que pueden llegar a alcanzar alrededor de otros 60.000 dólares. Últimas consultas: 05/02/2017.

llevarse a la necesidad de recurrir a cuidados prenatales en unidades especializadas no contratados.

La legislación californiana no establece ningún requisito concreto de selección o evaluación con respecto a las gestantes que participen en procesos de gestación subrogada, pero la Sociedad Americana para la Medicina Reproductiva (ASRM¹²³⁶), redactó un informe en el año 2015 que contiene diversas directrices que se recomienda cumplir en todo el territorio estadounidense¹²³⁷.

En dicho informe se establece que dichas mujeres deberán ser mayores de edad, preferiblemente en edades comprendidas entre los 21 y los 45 años¹²³⁸ (aunque en ocasiones podrá recurrirse a gestantes con edades superiores a los 45 años, siempre que se informe a todas las partes de los riesgos potenciales que podrán surgir durante la gestación), se recomienda que hayan llevado a cabo, al menos, un embarazo previo saludable, pero que no hayan tenido más de cinco partos naturales o dos por cesárea¹²³⁹.

Durante el proceso de selección, se les deberá proporcionar asesoramiento sobre el impacto que el embarazo puede suponer en su dinámica tanto familiar como social.

Se recomienda además que las gestantes dispongan de un entorno

¹²³⁶ American Society for Reproductive Medicine (ASRM).

¹²³⁷ PFEIFER, S. et al., "Recommendations for practices utilizing gestational carriers: a committee opinion". *ASRM Pages*. Vol. 103, Núm. 1 (January 2015). American Society for Reproductive Medicine. Birmingham (Alabama), 2015. Pág. e1-e8.

¹²³⁸ No obstante, las agencias intermediarias pueden establecer libremente sus propios criterios que normalmente se ajustan a las directrices de la ASRM. Así, por ejemplo, el Center of Surrogate Parenting, Inc. dispone, entre otros requisitos, que las gestantes deberán contar con entre 21 y 42 años de edad, no ser fumadoras y no estar consumiendo medicación antidepresiva o para la ansiedad (disponible en: <<http://www.creatingfamilies.com/surrogate-mothers/?surrogate-requirements-56>>, última consulta 05/02/2017); la compañía Circle Surrogacy, Ltd. que establece su rango de edad entre los 21 y los 41 años, que no deberán abusar del alcohol o consumir drogas ilegales, y que su índice de masa corporal no deberá superar los 33 puntos, entre otros requisitos (disponible en: <<http://www.circlesurrogacy.com/surrogates/surrogates-requirements-faqs>>, última consulta 05/02/2017); o el Reproductive Sciences Medical Center (RSMC), que baja los requisitos de edad a entre 20 años y medio hasta los 36 y requiere no tener antecedentes penales, entre otros (disponible en: <<http://fertile.com/step-by-step-surrogacy-and-egg-donation/>>, última consulta 05/02/2017).

¹²³⁹ PFEIFER, S. et al., "Recommendations for practices...", cit., pág. e4.

familiar estable que les ayude a afrontar las consecuencias físicas y psicológicas que supone llevar a cabo un embarazo y que sean sometidas a evaluaciones tanto psicosociales, como físicas, incluyendo pruebas médicas dirigidas a determinar si existe algún riesgo que desaconseje la gravidez o la posibilidad de que se produzca la transmisión de enfermedades al feto.

El informe también incluye una recomendación de efectuar estudios psicosociales de los padres intencionales y criterios dirigidos a su rechazo en caso de que se detecte su imposibilidad de mantener una relación respetuosa y amigable con la gestante, una evaluación psicológica anormal, que tengan algún tipo de adicción no resuelta, antecedentes de abuso de menores, depresión o desórdenes alimenticios, inestabilidad familiar o una imposibilidad de alcanzar un acuerdo con la gestante sobre el número de embriones a implantar¹²⁴⁰.

Dichos criterios son meras recomendaciones pero se tienen muy en cuenta en la práctica, pudiendo rechazar expresamente la gestante a cualquier comitente que la haya seleccionado previamente pero con el que no se encuentre conforme.

Con respecto al número de embriones a implantar, tampoco existe en la legislación californiana la determinación de ningún número máximo ni mínimo a dichos efectos. El informe de la Sociedad Americana para la Medicina Reproductiva (ASRM) del año 2015 establece que se deberá prestar una especial atención a la posibilidad de transferir un único embrión con la finalidad de limitar en la gestante los riesgos derivados de los embarazos múltiples, pero que tras recibir el asesoramiento adecuado y mediando acuerdo de todas las partes del proceso, se podrá decidir la transferencia de un número mayor de embriones para mejorar la probabilidad de embarazo¹²⁴¹.

¹²⁴⁰ *Ibíd.*, pág. e6.

¹²⁴¹ Habitualmente, la decisión final será adoptada por el centro médico donde se vaya a realizar la transferencia, con el consentimiento de los padres y de la gestante. Así, el San Diego Fertility Center, suele recomendar transferir, dependiendo de los casos, entre dos y tres embriones (disponible en: <<https://www.sdfertility.com/fertility-treatments/gestational-surrogacy>>, última consulta: 05/02/2017). O el Center of Surrogate Parenting, Inc. que

Sin embargo, actualmente la transferencia de un único embrión no constituye una práctica rutinaria en las clínicas californianas, sino que la mayoría de centros de fecundación *in vitro* permiten, e incluso recomiendan, transferir diversos embriones al mismo tiempo, lo que les permite asegurarse de que la tasa de éxito será mayor¹²⁴².

12.2. La determinación de la filiación en su Código de Familia¹²⁴³.

La sección 12¹²⁴⁴ del Código de Familia de California, relativa a las relaciones paterno-filiales, es la que contiene, entre otras, diversas previsiones normativas que afectan a la gestación por sustitución.

En su parte tercera, conocida como “Acta Uniforme de Paternidad”¹²⁴⁵, se fijan las reglas que permiten determinar la filiación, natural o adoptiva, y establecer las relaciones paterno-filiales entre un niño y sus progenitores de las que se derivan derechos, privilegios, deberes y obligaciones.

Conforme al artículo 7601, se considera padre o madre “natural” a los efectos de la ley, a todo aquel que no lo sea adoptivo, independientemente de que tenga o no vinculación genética con el menor. Con ello, se da cabida en la filiación natural a todos los progenitores que tengan hijos mediante técnicas de

reconoce que en la práctica se suelen depositar en el útero de la gestante de dos a cinco embriones, ya que se cree que cuantos más se empleen, mayor probabilidad de éxito, aunque considera que la transferencia de múltiples embriones aumenta la posibilidad de embarazos múltiples y que se puede alcanzar un embarazo con las mismas opciones empleando un solo embrión (disponible en: <<http://www.creatingfamilies.com/surrogacy/?single-embryo-transfer&font-size%3D2by-karen-synesiou--cfo--center-for-surrogate-parenting--inc.-font-185>>, última consulta: 05/02/2017)

¹²⁴² SILLS, E.S. et al., “Routine Embryo Screening and Surrogacy: Current Challenges and Future Directions for Preimplantation Genetic Testing”. En SILLS, E.S. (Ed.), *Handbook of Gestational Surrogacy: International Clinical Practice and Policy Issues*. Cambridge University Press. Cambridge (UK), 2016. Pág. 93.

¹²⁴³ *California Family Code (FAM)*.

¹²⁴⁴ Dicha sección se subdivide en siete partes: a) la primera se titula “Derechos de los padres” (art. 7500-7507); b) la segunda “Presunciones relativas a la filiación matrimonial y de los tests sanguíneos para determinar la paternidad” (art. 7540-7577); c) la tercera es la “Acta Uniforme de Paternidad” (art. 7600-7730); d) la cuarta “Libertad de la custodia y el control parental” (art. 7800-7895); e) la quinta es relativa al “Compacto interestatal en la colocación de niños” (art. 7900-7913); f) la sexta es relativa a “Consideraciones sobre la colocación de menores en acogida” (art. 7950-7952); y e) la séptima y última parte es sobre “Facilitadores de subrogación y de donantes, acuerdos de reproducción asistida para gestantes gestacionales y donación de ovocitos” (art. 7960-7962).

¹²⁴⁵ Part 3. *Uniform Parentage Act (UPA)*. Sections 7600-7730.

reproducción asistida, incluida la gestación por sustitución, tanto si han aportado sus propios gametos para la fecundación, como si no lo han hecho¹²⁴⁶. Asimismo, el citado artículo permite determinar la filiación de un menor a efectos legales a favor de dos o más progenitores¹²⁴⁷, independientemente de su estado civil¹²⁴⁸. Para ello, conforme al artículo 7612 del Código de Familia, corresponderá a los tribunales californianos decidir qué personas ostentan derechos paterno-filiales sobre el niño y decidir con respecto a quiénes corresponde establecer la filiación de la forma más beneficiosa para el menor y tratando que la decisión del tribunal no suponga un perjuicio para el menor.

A efectos de ponderar si existe o no dicho riesgo al mencionado perjuicio, los tribunales deberán valorar todos los factores concurrentes en el supuesto concreto como puede ser, entre otros, el daño que podría suponer retirar al niño de la compañía de la persona que haya ejercido como padre durante un periodo de tiempo considerable, satisfaciendo todas sus necesidades básicas, tanto a nivel físico, como afectivo o psicológico.

Pero la intención del legislador californiano a la hora de permitir la posibilidad de atribuir la filiación de un menor a favor de más de dos progenitores, se reserva tan sólo a aquellos pocos supuestos en los que el niño tenga realmente a más de dos personas que ejerzan como sus verdaderos padres en todos los sentidos y que los órganos jurisdiccionales estimen que separar al menor de alguno de ellos podría suponer un impacto psicológico y emocional devastador en el mismo¹²⁴⁹.

¹²⁴⁶ Con respecto a los gametos y embriones empleados en técnicas de reproducción asistida, el art. 367.g del Código Penal, considera ilegal y sanciona con penas de prisión de entre tres y cinco años y/o multa de hasta 50.000 dólares, a aquellas personas que los empleen con finalidades distintas a las previstas por sus titulares en el formulario de consentimiento, sancionándose con las mismas penas a quien los pudiera implantar en una persona distinta a su titular, salvo que medie un consentimiento por escrito tanto por parte del titular, como de la persona que su fuera a convertir en receptora de los mismos.

¹²⁴⁷ Ello, conforme al apartado (c) del art. 7601, estableciendo expresamente su apartado (d), que "cualquier referencia a dos padres deberá interpretarse que se refiere a todos los padres de un niño, cuando se hubiera determinado que tiene más de dos en base a lo dispuesto en esta parte (UPA)".

¹²⁴⁸ *California Family Code, Section 7602.*

¹²⁴⁹ SCHERPE, J.M., *The present and...*, cit., pág. 134-136.

El artículo 7610 establece la presunción de que la filiación paterno-filial entre el niño y su padre o madre natural, se podrá establecer mediante una prueba de haber dado a luz al niño, o bien por las restantes disposiciones que resultan del Acta Uniforme de Paternidad californiana. Pero conforme al artículo 7650¹²⁵⁰ del Código, siempre será posible establecer una acción a efectos de determinar la existencia o no de la filiación materna.

Con respecto a los niños nacidos de madre casada que cohabite con su esposo, el artículo 7540 del Código de Familia contiene una presunción de paternidad matrimonial, salvo si el esposo fuera impotente o estéril. No obstante, cabe la posibilidad de impugnar dicha paternidad matrimonial judicialmente y destruir la presunción legal mediante la realización de pruebas sanguíneas que permitan dilucidar la verdadera filiación del niño¹²⁵¹.

También se presumirán hijos del matrimonio, conforme al artículo 7611.a), los niños nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del vínculo, derivada del fallecimiento del esposo, anulación del matrimonio o por divorcio.

Los artículos 7570 y siguientes del Código, contemplan la posibilidad de fijar la paternidad de los niños nacidos de mujeres no casadas a favor del hombre que declare voluntariamente ser su progenitor¹²⁵², manifestación que deberá realizar y firmar antes de que la madre abandone el centro médico u hospitalario en el que hubiera dado a luz, ante el responsable de dicho centro que resulte obligado a suscribir y registrar el certificado que acredite el nacimiento conforme a lo dispuesto en el artículo 102405 del Código

¹²⁵⁰ *California Family Code, Section 7650.* (a) "Any interested person may bring an action to determine the existence or nonexistence of a mother and child relationship. Insofar as practicable, the provisions of this part applicable to the father and child relationship apply".

¹²⁵¹ Salvo si el niño es resultado de una violación castigada conforme al art. 261 del Código Penal de California, o si el embrión procediera de la donación de gametos, cuyos titulares hubieran renunciado expresamente a ostentar ningún derecho sobre los nacidos a partir de los mismos (art. 7613).

¹²⁵² Conforme al art. 7612(f), dicha declaración no tendrá validez en caso de que el niño ya tenga un progenitor, la madre se encontrara casada y fuera de aplicación, por tanto, una presunción legal de paternidad matrimonial, o si el hombre que firma la declaración fuera el donante de los gametos. Dicho donante de gametos se presumirá legalmente que en ningún caso es el padre de los nacidos, salvo que manifestase expresamente su intención de serlo, o si los tribunales determinasen que existía dicha intención (art. 7613).

californiano sobre Salud y Seguridad¹²⁵³. El formulario que contiene dicha declaración también se podrá completar en un momento posterior, siempre que no hayan transcurrido dos años desde el nacimiento del niño, y remitirse al Departamento de Servicios de Manutención de los Hijos por diversos medios¹²⁵⁴.

Realizada la declaración y cumplidos los restantes requisitos legalmente prevenidos¹²⁵⁵, la determinación de paternidad que resulte de la misma tendrá fuerza y efectos equivalentes a los que se derivarían de una sentencia judicial de paternidad dictada por un tribunal competente¹²⁵⁶.

La finalidad legal de permitir fijar la paternidad legal de los hijos de personas no casadas a través de una mera declaración voluntaria realizada a dichos efectos, se fundamenta en el interés estatal de que todos los niños puedan gozar de los beneficios que ello supone, no solo el acceso a la seguridad social, derechos hereditarios o pensiones de orfandad, en su caso, sino también por la importancia que conlleva saber quiénes son los padres de cara al desarrollo emocional del menor. Además, el sencillo sistema evita tener que recurrir a largos y costosos procesos judiciales que concluyan en el mismo resultado¹²⁵⁷.

Las presunciones legales de paternidad matrimonial, son presunciones *iuris tantum* y admiten, por tanto, prueba en contrario. Tanto éstas presunciones, como la filiación atribuida como consecuencia de una declaración realizada voluntariamente a dichos efectos, se podrán impugnar judicialmente o dejar sin efecto a través del procedimiento previsto en los

¹²⁵³ *Health and Safety Code (HSC), Section 102405. Chapter 3. Live Birth Registration.*

¹²⁵⁴ También se podrá formalizar ante notario (*section 7571.d*) tras haber abandonado la madre el centro hospitalario en que hubiera dado a luz, o bien, ante testigos, en prisiones, centros escolares o de protección de menores, entre otros (*section 7571.j*), que deberán remitirlo al mencionado Departamento una vez completado.

¹²⁵⁵ Se deberá completar a dichos efectos un formulario oficial que contenga, al menos, el nombre y apellidos de la madre, el padre y el niño, así como la declaración de ambos progenitores de que han leído y comprenden el contenido de lo firmado, y suscribirse ante un testigo que firmará asimismo el formulario (*section 7574*). Una vez realizado lo anterior, dicho formulario deberá ser remitido al Departamento de Servicios de Manutención de los Hijos y podrá ser revocado antes de que transcurran 60 días desde su firma (*section 7575*).

¹²⁵⁶ *California Family Code, section 7573.*

¹²⁵⁷ *Ibid.*, *section 7570.*

artículos 7645 y siguientes del Código de Familia. No obstante, el artículo 7648.9 dispone que dicho procedimiento judicial no se podrá emplear para recurrir una sentencia que establezca la paternidad con respecto a los niños nacidos a través de procesos de reproducción asistida o por gestación por sustitución.

En cuanto a las mujeres que den a luz a niños concebidos a partir de tratamientos de reproducción asistida, con semen u óvulo de donante, si mediara el consentimiento de otro progenitor intencional para ello, ya sea hombre o mujer, dicha persona será considerada legalmente padre biológico del niño nacido junto con la gestante¹²⁵⁸. Además, cualquiera de las partes intervinientes en los acuerdos de reproducción asistida, podrá interponer en cualquier momento una acción dirigida a establecer “la relación de filiación existente entre padres e hijos en consonancia con la intención expresada en el acuerdo de reproducción asistida”¹²⁵⁹.

El artículo 7613.5, introducido por el proyecto legislativo número 2349 de la Asamblea¹²⁶⁰, que entró en vigor el pasado 1 de enero de 2017, contiene cuatro formularios legales para reproducción asistida, que podrán utilizarse de forma opcional¹²⁶¹ por los progenitores intencionales para demostrar su intención de convertirse en el padre o madre legal del niño que nacerá a través de dichas técnicas. Se excluye expresamente la posibilidad de que puedan ser empleados en los casos de gestación por sustitución.

El primero de los formularios va dirigido a dos personas casadas o parejas de hecho registradas, que vayan a concebir un hijo mediante técnicas de reproducción asistida y pretendan emplear donantes de gametos, masculinos y/o femeninos. El segundo es para parejas heterosexuales no casadas entre sí que pretendan tener un niño empleando el semen aportado

¹²⁵⁸ *Ibid.*, section 7613

¹²⁵⁹ Tal y como resulta del art. 7630(f) del Código de Familia californiano.

¹²⁶⁰ *Assembly Bill No. 2349. Chapter 385*. Aprobada por el Gobernador de California el 16 de septiembre de 2016. Entrada en vigor el 1 de enero de 2017. (Ref.: 20152016 AB2349 Sec. 3).

¹²⁶¹ Se podrá formular la declaración de la intención de asumir la paternidad de un niño que nacerá mediante técnicas de reproducción asistida a los efectos de lo previsto en el art. 7613 del Código de Familia por cualquier medio, pero siempre de forma escrita, no siendo obligatorio ajustarse a la redacción literal y/o formato que resulta de los formularios.

por el varón y llevando a cabo la gestación la mujer integrante de la pareja. En cuanto al tercero, se empleará por parejas homosexuales femeninas en que una de las mujeres aporte el ovocito para la fecundación y sea la segunda quien pretenda gestar al niño. Y, finalmente, el cuarto formulario se dirige a procesos en que una persona conocida por la gestante se ofrezca a donar sus gametos masculinos, ovocitos, o en el caso de embriodonación, y dicho donante no quiera asumir la paternidad del nacido, firmando el formulario para dejar constancia expresa a su renuncia a dichos efectos.

No obstante, el uso de dichos formularios, no afecta a las presunciones legales relativas a la filiación matrimonial, ni tampoco evitan la posibilidad de que en un procedimiento judicial se pueda determinar la paternidad a favor de persona distinta a quien hubiera suscrito el formulario oficial.

12.3. Previsiones normativas expresas en relación a la gestación por sustitución.

Desde la legislatura 1981-82, se intentaron introducir periódicamente¹²⁶² en la legislación californiana diversos textos normativos dirigidos a regular aspectos relativos a la gestación por sustitución¹²⁶³ o, incluso algunos otros, encaminados a prohibir expresamente su modalidad comercial o bien a determinar la filiación de los nacidos necesariamente a favor de la mujer que da a luz¹²⁶⁴.

Destaca la modificación legislativa que se intentó implementar en el Código de Familia californiano en el año 1992, con el Proyecto de Ley del

¹²⁶² LAWRENCE, D.E., "Surrogacy in California: Genetic and Gestational Rights". *Golden Gate University Law Review*, Vol. 21, Iss. 3. San Francisco, 1991. Pág. 529.

¹²⁶³ Como, entre otros, los proyectos legislativos No. 365 y No. 3771 de la Asamblea de la legislatura 1981-82, propuestos por el demócrata Mike Roos, que contenían directrices para los acuerdos de subrogación; o el No. 1707 de la legislatura 1985-86, que trataba de fijar derechos y obligaciones de las partes intervinientes en dichos acuerdos.

¹²⁶⁴ Como el proyecto legislativo No. 3200 de la Asamblea del año 1988, propuesto por la asambleísta Sunny Mojonier, que disponía que la maternidad se debía establecer a favor de la mujer que da a luz, independientemente de la conexión genética del niño, así como la necesidad de prohibir expresamente los pagos vinculados a los acuerdos de gestación subrogada. AB3200 (1987-88 Reg. Sess.).

Senado 937¹²⁶⁵, que hubiese supuesto la legalización de los contratos que la tienen por objeto y su conformidad expresa con el orden público de dicho Estado. No obstante, el referido proyecto de ley fue vetado por el Gobernador Wilson¹²⁶⁶, no por considerar la existencia de una posible contrariedad con el orden público -lo que tampoco se descartaba expresamente-, sino por las dudas que albergaba el gobernador con respecto a la práctica de dicho procedimiento en sí mismo, al que consideraba un fenómeno relativamente reciente y con plenas dimensiones éticas y psicológicas todavía no definidas, que podía seguir rigiéndose, por el momento, por el marco jurídico existente derivado del Código de Familia californiano.

Hubo que esperar hasta el año 2010, cuando mediante el Proyecto de Ley 2426 de la Asamblea¹²⁶⁷, de fecha 13 de agosto de 2010¹²⁶⁸, se introdujo en la división duodécima del Código de Familia, una nueva parte séptima denominada “Agentes intermediarios en los procesos de subrogación y donación de gametos, acuerdos de reproducción asistida para gestantes gestacionales y ovodonación”, con normas específicas de aplicación a la gestación subrogada.

La finalidad principal de dicha parte séptima fue la de regular la actividad de los agentes intermediarios o ‘facilitadores’, distintos a los abogados que intervengan en el proceso, a los que obliga a depositar los fondos de sus clientes en cuentas de garantía o de fideicomiso sujetas a requisitos específicos a efectos de realizar disposiciones.

El artículo 7960 del Código de Familia contiene las siguientes

¹²⁶⁵ *Sen. Bill No. 937*. (1991-1992 Reg. Sess.).

¹²⁶⁶ *Governor's veto message to Sen. on Sen. Bill No. 937 (Sept. 26, 1992)*. *Se. Daily File* (1991-1992 Reg. Sess.) Pág. 68.

¹²⁶⁷ *Assembly Bill No. 2426, Chapter 138*, aprobada por el Gobernador de California el 13 de agosto de 2010 (Ref.: 20092010 AB2426 Sec. 1).

¹²⁶⁸ Dicha parte séptima ha sido objeto de diversas modificaciones posteriores introducidas por el Proyecto de Ley de la Asamblea 1217 (*Assembly Bill No. 1217, Chapter 466*), aprobado por el Gobernador de California el 23 de septiembre de 2012 (Ref.: 20112012 AB1217 Sec. 2); el Proyecto de Ley de la Asamblea 2344 (*Assembly Bill No. 2344, Chapter 636*), aprobado por el Gobernador de California el 26 de septiembre de 2014 (Ref.: 20132014 AB2344 Sec. 2); el Proyecto de Ley de la Asamblea 1049 (*Assembly Bill No. 1049, Chapter 91*), aprobado por el Gobernador de California el 14 de julio de 2015 (Ref.: 20152016 AB1049 Sec. 3); y, finalmente, por el Proyecto de Ley de la Asamblea 2349 (*Assembly Bill No. 2349, Chapter 385*), cit.

definiciones:

a) Se considera “acuerdo de reproducción asistida”, remitiéndose a la definición del artículo 7606 del Código, cualquier contrato escrito que incluya a una persona que tenga la intención de ser el padre o madre legal de un niño o niños nacidos a través de dichas técnicas y que contenga los términos de la relación existente entre las partes del acuerdo.

b) El “acuerdo de gestión de los fondos”¹²⁶⁹ será aquel suscrito entre los progenitores intencionales y la gestante o el facilitador de la donación, relacionado con los honorarios u otra contraprestación económica que deba percibir la gestante o el facilitador por sus servicios.

c) Se considera “padre o madre intencional” a cualquier individuo, casado o no, que manifieste su intención de ser considerado legalmente el padre o madre del menor que nacerá de la reproducción asistida.

d) “Facilitador de la subrogación o donación ‘no abogado’¹²⁷⁰” será toda aquella persona que intermedie en el proceso facilitando gestantes o donantes de gametos, pero que no tenga una licencia válida y vigente para ejercer legalmente la abogacía en el Estado de California.

e) “Facilitador de la subrogación o donación” será cualquier persona u organización que se dedique a cualquiera de las siguientes actividades: publicite la búsqueda de personas que deseen participar acuerdos de reproducción asistida, o para que donen ovocitos para su uso por terceras personas, o que actúen como intermediarios entre las partes de un acuerdo de reproducción asistida o de donación de ovocitos. También, lo serán aquéllos que cobren cualquier tipo de contraprestación económica a cambio de prestar servicios relacionados con los acuerdos de reproducción asistida o de donación de ovocitos.

¹²⁶⁹ *California Family Code, section 7960(b): “Fund management agreement”.*

¹²⁷⁰ *Ibid., section 7960(d): “Nonattorney surrogacy or donor facilitator”.*

f) “Gestante subrogada¹²⁷¹” será toda aquella mujer que geste a un niño para otra persona, concebido a partir de técnicas de reproducción asistida y mediando un acuerdo escrito en los términos que resultan de la ley. Se distinguen dos tipos de gestantes: la “tradicional”, que será aquella mujer que, además de gestar al niño, aporte su propio ovocito para la fecundación, el cual será fecundado con los gametos del padre intencional o los de un donante contratado a dichos efectos; y la “gestacional” que será aquella mujer que acepte llevar a cabo la gestación del niño por cuenta de los comitentes, pero que carezca de cualquier tipo de vinculación genética con el mismo por no haber aportado sus gametos.

Como vemos, California es uno de los pocos lugares del mundo en que se acepta legalmente la posibilidad de recurrir a la gestación por sustitución tradicional en la que la gestante estará completamente vinculada genéticamente con el niño, por haber aportado sus gametos. No obstante, tal y como hemos indicado, necesariamente se deberá concebir al niño a través de técnicas de reproducción asistida.

Y, por último, g) “donante” será la mujer que proporcione sus ovocitos para su uso por otra persona u otras personas que tienen la intención de emplearlos para acceder a la paternidad de los niños que nacerán de dichos ovocitos.

El artículo 7961 establece las previsiones relativas a las cuentas de depósito en las que los intermediarios no abogados deberán indicar a los comitentes que realicen el ingreso de los fondos dirigidos a satisfacer las cantidades a abonar a la gestante o los ‘facilitadores’ por sus servicios y de las que los intermediarios no podrán obtener ningún tipo de beneficio ni de comisión.

Dichas cuentas podrán ser de dos tipos: o bien una cuenta de garantía, independiente y vinculada, mantenida por una compañía independiente de depósitos que cuente con la correspondiente licencia; o bien una cuenta de

¹²⁷¹ *Ibid.*, *section 7960(f)*: “Surrogate”.

fideicomiso controlada por un abogado.

La disposición de los fondos depositados en las mencionadas cuentas tan solo se podrá realizar, dependiendo del tipo de cuenta ante el que nos encontremos, por parte del agente de la compañía de depósitos o por parte del abogado, para cumplir con alguna de las finalidades expresamente previstas en el acuerdo de reproducción asistida o en el de gestión de los fondos.

Los restantes pagos derivados del proceso, como los gastos médicos o las cantidades que se deban satisfacer por servicios psicológicos, se podrán efectuar directamente y no necesariamente se tendrán que ingresar en las cuentas de depósito.

En el año 2012¹²⁷², se introdujo un nuevo artículo 7962 a dicha parte séptima de la división duodécima del Código, que incluye diversas previsiones normativas relacionadas con la necesidad de que, tanto la gestante como el o los progenitores intencionales, contaran con asesoramiento independiente y por separado antes de suscribir el acuerdo de subrogación, así como los datos y requisitos con los que debían contar dichos acuerdos.

También estableció la necesidad de que dichos convenios fueran formalizados ante notario o ante testigos, en la forma prevista, así como la prohibición de que se iniciaran los procesos médicos dirigidos a la reproducción asistida, y mucho menos la transferencia del embrión, hasta que el contrato se hubiera ejecutado por completo conforme a lo previsto legalmente, en cuyo caso se les otorgaría una presunción de validez y se permitiría entablar las acciones judiciales dirigidas a establecer la relación paterno-filial a favor de los comitentes antes del nacimiento del niño.

Conforme al artículo 7962, los acuerdos de reproducción asistida dirigidos a la gestación por sustitución deberán contener, como mínimo, los siguientes extremos: a) la fecha de suscripción del contrato; b) las personas de quienes proceden los gametos, salvo que se hubiera recurrido a donantes, en

¹²⁷² *Assembly Bill No. 1217. Chapter 466, cit.*

cuyo caso bastará con establecer si los gametos donados fueron los masculinos, los femeninos o ambos, o si nos encontramos ante un supuesto de embriodonación; c) la identidad del progenitor o progenitores intencionales; y d) la manifestación de los comitentes sobre cómo tienen previsto cubrir los gastos médicos en que incurra la gestante y el o los recién nacidos. Si para ello se pretende emplear un seguro de salud, la declaración deberá incluir las condiciones de la póliza de salud relacionadas con la cobertura del embarazo de la gestante, cualquier tipo de responsabilidad que se prevea en que ésta o terceras personas pudieran incurrir, así como cualquier tipo de notificación que deba ser efectuada por la gestante que pudiera afectar a la cobertura de la póliza o responsabilidad de la gestante. Dicha manifestación de los comitentes y revisión de las condiciones, no suponen ningún tipo de asesoramiento legal.

Tal y como hemos indicado anteriormente, antes de suscribir el contrato y previamente al inicio del tratamiento médico dirigido a la transferencia del embrión, cada una de las partes intervinientes, es decir, la gestante por un lado y los comitentes por otro, deberán contar con su propio abogado que les preste el debido asesoramiento legal.

El acuerdo deberá formalizarse ante notario o suscribirse ante testigos, a través de un método equivalente de declaración que se halle previsto en la jurisdicción donde se otorgue y, una vez cumplidos todos los requisitos referidos, se presumirá válido no pudiendo revocarse ni rescindirse sin una orden judicial.

La acción judicial dirigida al establecimiento de la relación paterno-filial entre el o los comitentes y el niño que nacerá del acuerdo de gestación por sustitución, deberá iniciarse antes de producirse el alumbramiento y, conforme al apartado e) del artículo 7962, gozarán de competencia los órganos jurisdiccionales del condado donde se tenga previsto que nacerá el niño, los del lugar de residencia de la gestante y/o de los padres intencionales, los del lugar donde se hubiera suscrito el acuerdo de gestación por sustitución o los del condado donde se vayan a realizar los procedimientos médicos contemplados en el acuerdo.

Se deberá presentar a dichos efectos una copia del acuerdo de subrogación firmado por las partes, con las declaraciones adjuntas efectuadas por sus abogados independientes, y tanto la gestante como los comitentes deberán manifestar, bajo pena de perjurio, que conforme a su leal saber y entender se han cumplido con los requisitos establecidos legalmente para los acuerdos de este tipo.

Tras ello, antes o después del nacimiento del niño¹²⁷³ y a petición de cualquiera de las partes, el juzgado deberá expedir una sentencia o resolución estableciendo la paternidad legal del niño a favor de lo comitentes, así como que la gestante, su esposo o pareja de hecho no tienen ningún tipo de relación paterno-filial con el menor, sobre el que no ostentan ningún tipo de derecho ni obligación, no siendo de aplicación en estos casos las presunciones relativas a la filiación matrimonial contenidas en los artículos 7540 y siguientes. No obstante, si alguna de las partes lo solicitara, se les deberá dar audiencia antes de emitir el fallo.

La sentencia o resolución por la que se establezca la filiación a favor de los comitentes, supondrá la terminación de cualquier derecho paterno-filial de la gestante, su esposo o pareja de hecho y, salvo que el tribunal albergue dudas razonables sobre si el acuerdo de subrogación o las manifestaciones efectuadas por los abogados de las partes se ajustaban a lo previsto en las presentes disposiciones, no podrá dar audiencia ni solicitar ninguna otra prueba en relación con el procedimiento.

Esta posibilidad de obtener una sentencia o resolución judicial que establezca los derechos paterno-filiales a favor de los comitentes y determine, por tanto, la filiación a favor de éstos con efectos *ex-ante*, ordenando que sean ellos y no la gestante quienes figuren directamente en el certificado de nacimiento del menor como sus padres naturales, proporciona a los padres intencionales una medida adicional de seguridad que será muy difícil de rebatir

¹²⁷³ Conforme al art. 7633, si la expedición del fallo se solicitara antes del nacimiento del menor, su ejecución quedará suspendida hasta el momento en que se produzca el alumbramiento.

en caso de que la gestante cambiase de idea y deseara litigar por la custodia del niño¹²⁷⁴.

Sin embargo, no se deben olvidar las circunstancias existentes en los países de origen de los progenitores intencionales que pueden hacer recomendable que en la orden parental no figure el nombre de ambos si, por ejemplo, nos encontramos ante una pareja no casada, o una integrada por personas del mismo sexo, que al llegar a sus respectivos países de origen puedan tener problemas para hacer valer la sentencia o certificado de nacimiento que determine la filiación natural del niño a favor de ambos¹²⁷⁵.

Toda la documentación archivada en el juzgado relacionada con el procedimiento, tendrá carácter confidencial, no pudiendo ser facilitada a ninguna persona para su inspección, salvo a las partes del proceso, sus abogados, al Departamento estatal de Servicios Sociales o que se disponga de una autorización judicial expedida por motivos excepcionales y necesarios.

Finalmente, si la gestante deseara llevar a cabo un procedimiento judicial por el que reclamase la custodia legal del menor, serán de aplicación los criterios contenidos en el artículo 7620 del Código a efectos de determinar el órgano jurisdiccional competente para entrar a valorar el asunto.

Dicho artículo atribuye competencia a los tribunales de California, siempre que el acuerdo se hubiera firmado en dicho Estado. Además, con la modificación introducida por el Proyecto de Ley de la Asamblea número 2349, en vigor desde el 1 de enero de 2017, también se atribuye competencia a los tribunales californianos para determinar la relación paterno-filial compatible con el contrato de subrogación, si se cumple alguna de las siguientes condiciones: a) que alguna de las partes resida en California o lo hubiera hecho en el momento de suscribir el acuerdo; b) que el procedimiento médico dirigido a la concepción, incluyéndose la fecundación *in vitro* o la transferencia del embrión, o ambos, se hubieran llevado a cabo en el repetido Estado; o c) si el niño

¹²⁷⁴ CABALLERO, S.M., "Gestational Surrogacy...", cit., pág. 296.

¹²⁷⁵ *Ibid.*, pág. 302.

hubiera nacido en California.

12.4. Jurisprudencia destacada. Problemas que surgen en la práctica.

Partimos de la consideración de que los asuntos que tienen que ver con aspectos relativos a la custodia de menores y, entre ellos, las sentencias o resoluciones judiciales relacionadas con la gestación por sustitución, tienen carácter confidencial y no se permite su inspección pública, por lo que tan solo salen a la luz los casos más controvertidos¹²⁷⁶.

La jurisprudencia californiana que nos interesa especialmente es aquella dirigida a determinar la filiación de los nacidos mediante esta técnica, ya sea a favor de los comitentes y/o de la gestante¹²⁷⁷. Aunque también existen muchas otras sentencias derivadas de controversias relacionadas con cuestiones diversas surgidas en el contexto de la subrogación¹²⁷⁸.

¹²⁷⁶ SWAIN, M.E., "Surrogacy and...", cit., pág. 72.

¹²⁷⁷ Dejaremos de lado otro tipo de supuestos más específicos y menos frecuentes, en los que se discuten aspectos relacionados con la filiación a favor de, por ejemplo, un fallecido. Como sucede en el caso "*Diane Lokey Farb v. The Superior Court of Los Angeles County*" (*Court of Appeal of the State of California, Second Appellate District, Division Four*. B209814, Cal. Ct. App. Jun. 2, 2009), en el que el finado no quiso reconocer legalmente a los gemelos nacidos de un acuerdo de subrogación que él había suscrito, junto con su entonces esposa, como comitente. Por dicho motivo, la madre intencional asumió íntegramente los derechos paternofiliales y la custodia de los niños. Años después, el comitente falleció en Texas, pero la comitente, como tutora *ad litem* de los menores, tardó más del preceptivo plazo de un año desde el fallecimiento del causante en interponer la correspondiente demanda reclamando los daños y perjuicios derivados del incumplimiento contractual por parte del causante. Por dicho motivo, el tribunal no pudo estimar la petición de la demandante.

¹²⁷⁸ Como procedimientos interpuestos por profesionales médicos reclamando el pago de sus honorarios -caso "*Marik v. Makkink*" (*Court of Appeal of the State of California, Second Appellate District, Division Four*. B225884. Cal. Ct. App. Feb. 24, 2012)-; demandas interpuestas por comitentes contra sus abogados alegando negligencia profesional en los servicios prestados de asesoramiento legal y ayuda en la búsqueda de la gestante apropiada -caso "*Oatey v. Caballero*" (*Court of Appeal of the State of California, Fourth Appellate District, Division One*. D065109. Cal. Ct. App. Feb. 23, 2015)-; gestantes reclamando sus permisos laborales de lactancia -caso "*Gonzales v. Marriott Int'l, Inc.*" (*United States District Court, C.D. California*. 142 F.Supp.3d 961. C.D. Cal. 2015)-; o, incluso, disputas entre aseguradoras dirigidas a determinar cuál de las dos debía hacerse cargo de los gastos médicos de una gestante derivados de un contrato de seguro -caso "*New Life Agency, Inc. v. Beitler Servs., Inc.*" (*Court of Appeal of the State of California, Second Appellate District, Division One*. B224724. Cal. Ct. App. Feb. 23, 2012)- o demandas por competencia desleal interpuestas por empresas intermediarias en los procesos de subrogación -caso "*Ctr. of Surrogate Parenting, Inc. v. Circle Surrogacy, Ltd.*" (*United States District Court Central District of California*. Case No. CV 12-2180-GW. (JCGx). C.D. Cal. Jun. 18, 2012)-.

El primer supuesto en que un litigio derivado de un acuerdo gestación por sustitución llegó a una Corte de Apelación en California, fue el caso “*Adoption of Matthew B., a minor*”¹²⁷⁹ en el año 1991. En él, Nancy B. suscribió un acuerdo de gestación subrogada con el matrimonio integrado por Timothy y Charlotte M., que no podían tener hijos, por el que la primera se comprometía a llevar a término la gestación de un niño concebido mediante inseminación artificial del material genético del padre intencional en la propia gestante, encontrándonos, por tanto, ante un supuesto de gestación por sustitución “tradicional”.

El 1 de septiembre de 1986 nació Matthew, cuya custodia fue cedida por Nancy a los comitentes tres días después del parto, tras lo cual, Timothy obtuvo la declaración judicial de paternidad y Charlotte solicitó adoptar al menor apoyándose en el consentimiento que a dichos efectos había prestado la gestante tras el nacimiento en el mes de noviembre de 1986.

Casi ocho meses después de firmar el referido consentimiento, la gestante se arrepintió y solicitó retirarlo, lo que le fue denegado por el tribunal de instancia. Ante esta negativa, trató de anular la atribución de la paternidad a favor del comitente, lo que también le fue denegado, decidiendo recurrir ambos expedientes ante el tribunal de apelación.

El 30 de julio de 1991 el tribunal de apelación dictó sentencia por la que no estimó los pedimentos de la gestante y confirmó el establecimiento de la filiación a favor de su padre biológico y de su madre adoptiva, teniendo en cuenta para ello el interés superior del menor, cuya protección consideró de suma importancia al encontrarse en medio del fuego cruzado entre la gestante y los comitentes.

Dicho órgano jurisdiccional estableció que el derecho contractual ha venido desempeñando un papel muy importante en las relaciones paterno-filiales, incluyendo los derechos de custodia y de visita sobre el niño, sin

¹²⁷⁹ “*Adoption of Matthew B., a Minor*” *Court of Appeal of the State of California, First Appellate District, Division Three*. A044280, A045711 (Cal. Ct. App. Jul. 23, 1991).

ninguna intención de considerar a éste como una mercancía. Y que, en este caso, no solo nos encontramos con un contrato de gestación por sustitución, cuya validez no se cuestiona, sino también ante una plena ejecución de lo previsto en el mismo por las partes, ya que la gestante entregó al niño a los comitentes tras su nacimiento, consintió la determinación de la paternidad a favor del padre y suscribió una autorización para que la esposa del comitente pudiera proceder a la adopción del menor.

Por todo ello, pese a considerar que los acuerdos de gestación por sustitución tienen claras connotaciones que pueden afectar a los derechos constitucionales, el orden público y a los derechos humanos, estimó adecuada la decisión adoptada en el presente supuesto y urgió al legislador a establecer las disposiciones permitentes que regulasen dicha materia y otorgasen seguridad jurídica a las partes.

Poco después, en el año 2003 llegó por primera vez al Tribunal Supremo de California un supuesto en que se disputaba la filiación de un niño nacido de un acuerdo de gestación subrogada. Estamos hablando del caso “*Johnson v. Calvert*”¹²⁸⁰, que supuso el reconocimiento *de facto* de la eficacia vinculante de los acuerdos de gestación por sustitución en California¹²⁸¹. La sentencia del Tribunal Supremo, de observancia obligatoria para todos los tribunales californianos que tuvieran que decidir en casos similares, estableció que se debía imponer el cumplimiento de dichos acuerdos, sin entrar en valoraciones personales sobre cuestiones como el orden público¹²⁸².

En él, el matrimonio formado por Mark y Crispina Calvert, que no podían tener hijos por sí mismos al haberse sometido la esposa a una histerectomía, suscribieron en enero de 1990 un contrato de subrogación con Anna Johnson, por el que ésta se comprometía a gestar al niño y a entregárselo al matrimonio Calvert una vez nacido, así como a renunciar a cuantos derechos paterno-

¹²⁸⁰ “*Johnson v. Calvert*” *Supreme Court of California*, No. S023721 (5 Cal.4th 84 (Cal. 1993) May 20, 1993).

¹²⁸¹ COHEN, L.G. y KRASCHEL, K.L., “Gestational Surrogacy Agreements: Enforcement and Breach”. En SILLS, E.S. (Ed.), *Handbook of Gestational Surrogacy: International Clinical Practice and Policy Issues*. Cambridge University Press. Cambridge (UK), 2016. Pág. 88.

¹²⁸² Según resulta de la conclusión de la sentencia.

filiales le pudieran corresponder.

El matrimonio Calvert debía pagarle un total de 10.000 dólares por gestar el embrión formado por los gametos de ambos¹²⁸³, así como contratarle un seguro de vida por valor de 200.000 dólares.

Poco después, las relaciones entre Anna Johnson y los Calvert empezaron a deteriorarse, por lo que antes de nacer el niño en septiembre de 1990, ambas partes ya habían interpuesto sendos procedimientos judiciales reclamando, la primera, ser reconocida legalmente como madre del bebé al que había gestado y, los segundos, una declaración judicial que les atribuyera la filiación en base a la intención de las partes resultante del contrato de subrogación.

El juzgado de instancia declaró que Mark y Crispina Calvert eran los padres “genéticos, biológicos y naturales” del niño, que Anna Johnson carecía de ningún tipo de derecho parental sobre el mismo, así como que el contrato de gestación por sustitución era plenamente válido y con eficacia vinculante para las partes. El Tribunal de Apelación del Distrito Cuarto¹²⁸⁴ confirmó el fallo en octubre de 1991, que fue revisado, a su vez, por el Tribunal Supremo.

El Supremo, asumiendo el papel integrador de los tribunales con respecto a las situaciones de hecho no contempladas expresamente por las previsiones legales, resolvió el asunto mediante sentencia de 20 de mayo de 1993. En ella, que terminó estimando que el matrimonio Calvert eran los padres naturales del nacido, así como que permitir dicho resultado no era contrario ni a la Constitución federal, ni tampoco al orden público.

Resultaba probado que Anna era la mujer que había dado a luz al niño y que era Crispina quien se hallaba vinculada genéticamente con el mismo. Por otra parte, en base a las leyes existentes en California en dicho momento, sólo

¹²⁸³ Ya que Crispina no era capaz de llevar a cabo una gestación por sí misma, pero sí de producir gametos.

¹²⁸⁴ “*Anna J. (Johnson) v. Mark C. (Calvert)*” *Court of Appeal of the State of California, Fourth Appellate District, Division Three*. G010225 (Cal. Ct. App. Oct. 8, 1991).

podía ser reconocida legalmente una mujer como madre del niño.

El Tribunal Supremo terminó concluyendo que, en base a la legislación existente en California en dicho momento, cualquiera de las dos mujeres podía ser declarada madre legal del menor, ya que tanto el haber dado a luz al niño como la vinculación genética con el mismo eran medios de prueba suficientes para ello, sin establecerse una predilección legal a favor de uno u otro medio. Por dicho motivo, cuando ambos extremos no coinciden en una misma mujer, es necesario “romper el lazo” a favor de una de las partes, y aquella que tuvo la intención¹²⁸⁵ de traer al niño al mundo y de criarlo como madre, es a quien se debe atribuir la condición de madre natural del recién nacido.

Asimismo, el Tribunal no estimó aceptable la alegación de que las mujeres no son capaces intelectualmente de prestar un consentimiento libre, voluntario e informado sobre las consecuencias de los acuerdos de gestación por sustitución y, menos, en el caso de Anna Johnson, una enfermera diplomada, con buenos resultados académicos y que ya tenía un hijo previo propio. Tampoco consideró que dichos acuerdos sean contrarios al orden público ni que limiten la libertad de obrar o impliquen un trabajo forzado de la gestante, ya que ésta tiene el absoluto derecho a decidir en cualquier momento sobre la continuación o no de su embarazo, no siendo vinculante ni exigible legalmente ninguna previsión establecida contractualmente en sentido contrario¹²⁸⁶.

¹²⁸⁵ Se estima probado, además, que los Calvert tenían la intención de traer un hijo al mundo vinculado genéticamente con ambos, pero que no podían hacerlo por sí sin recurrir a las nuevas tecnologías reproductivas y a la ayuda de una gestante que lo hiciera por ellos. Y que, además, queda claro que en ningún momento tuvieron intención de donar su material genético, ni mucho menos el embrión, a Anna Johnson ni a ninguna otra persona.

¹²⁸⁶ No obstante, en la sentencia figuran dos votos particulares. Uno de ellos formulado por el magistrado J. ARABIAN, que pese a estar conforme con atribuir la filiación del menor a favor de Crispina Calvert y de su esposo, sí consideraba que los contratos de gestación subrogada pueden ser contrarios al orden público. Y, en segundo lugar, el formulado por J. KENNARD, disidente por completo con el fallo del tribunal por considerar que este tipo de contratos sí son contrarios al orden público, así como que ambas mujeres, tanto la madre genética como la gestacional, tenían derecho a reclamar la filiación del niño en base a lo dispuesto en el Acta Uniforme de Paternidad. Por tanto, estimaba necesario devolver el asunto al tribunal de instancia para que volviera a resolver el litigio pero teniendo en cuenta, esta vez, el interés superior del menor y no solo la mera intención como factor determinante para atribuir la maternidad legal del menor a favor de la comitente.

El caso “*Johnson v. Calvert*” sentó un criterio jurisprudencial en la materia, que fue tenido muy en cuenta por las resoluciones dictadas posteriormente, no sólo en materia de gestación por sustitución, sino también, en controversias relacionadas con determinación de la filiación de menores en general¹²⁸⁷.

Tras esta sentencia del Tribunal Supremo, se dictaron dos resoluciones relevantes en materia de subrogación durante la década de los noventa: el caso “*In re marriage of Moschetta*”¹²⁸⁸ y el “*In re the marriage of Buzzanca*”¹²⁸⁹.

En “*In re marriage of Moschetta*”¹²⁹⁰ un tribunal de apelación se tuvo que enfrentar a un supuesto en el que la gestante, que a la vez era la mujer que había aportado sus propios gametos para la fecundación, cambió de idea y no quería entregar a la niña nacida del acuerdo de subrogación.

Cynthia Moschetta era estéril, pero junto con su esposo Robert, deseaban formar una familia. Para ello recurrieron a Elvira Jordan, quien se sometió a un tratamiento de inseminación artificial con los gametos del padre intencional, quedando embarazada de una niña que se llamaría Marissa.

¹²⁸⁷ Como, por ejemplo, en el caso “*Robert B. v. Susan B.*” (*Court of Appeal of the State of California, Sixth Appellate District*. H024926 Cal. Ct. App. Jun. 13, 2003), en el que debido a un error clínico, se implantaron en el útero de Susan B. tres embriones pertenecientes a una pareja, de los que terminó naciendo un solo niño llamado Daniel. Susan B. deseaba ser madre gracias a la embriodonación y Robert B. y Denise B. en ningún momento pretendían donar ninguno de los 13 embriones que se generaron con el esperma de Robert y los ovocitos de una donante anónima. Finalmente, la Corte de Apelación, apelando a la sentencia del caso “*Johnson v. Calvert*”, terminó determinando que en base a la legislación californiana tan sólo puede existir una madre y que Denise B. no tenía derecho a ostentar dicha condición al no haber aportado sus ovocitos para la fecundación. La filiación del menor se estableció, en base a los arts. 7630 y 7610 del Código de Familia de California, a favor del Robert B., como padre genético del niño, y de Susan B., mujer que había llevado a cabo la gestación de Daniel. También se menciona la jurisprudencia del caso “*Johnson v. Calvert*”, entre muchísimas otras, en la sentencia del caso “*Guardianship of Olivia J., a Minor*” (*Court of Appeal of the State of California, First Appellate District, Division One*. A089378. Cal. Ct. App. Oct. 17, 2000), en la que una mujer reclamaba sus derechos paterno-filiales con respecto a una niña nacida de otra mujer cuando ambas residían en el mismo domicilio como pareja. O la del caso “*In re D.S. et al. V. San Diego County Health and Human Services Agency*” (*Court of Appeal of the State of California, Fourth Appellate District, Division One*. D060730. Cal. Ct. App. Jul. 18, 2012), en la que Elizabeth D. reclamaba volver a ser reconocida madre legal y natural de los menores D.S. y E.S., cuya condición se había atribuido judicialmente a la esposa del padre de estos.

¹²⁸⁸ “*In re the marriage of Moschetta*” *Court of Appeal of the State of California, Fourth Appellate District, Division Three*. G013880, G014430 (Cal. Ct. App. Jun. 10, 1994).

¹²⁸⁹ “*In re the marriage of Buzzanca*” *Court of Appeal of the State of California, Fourth Appellate District, Division Three*. G022147, G022157 (Cal. Ct. App. Mar. 10, 1998).

¹²⁹⁰ “*In re the marriage of Moschetta*”, cit.

Elvira Jordan, dado que nos encontramos ante un supuesto de subrogación “tradicional” y tiene, por tanto, vinculación genética con la menor, prometió a Robert que le concedería la custodia individual de ésta, que firmaría todos los papeles necesarios para renunciar a sus derechos paterno-filiales y que ayudaría a que Cynthia Moschetta pudiera adoptar a la niña.

Durante el embarazo de la gestante, el matrimonio Moschetta empezó a tener problemas conyugales y Robert terminó pidiendo el divorcio a Cynthia.

Ante ello, la gestante empezó a cuestionarse el acuerdo de subrogación y no quería entregar a la menor, hasta que los padres intencionales le convencieron de que finalmente no se iban a separar. Pero, al final, lo hicieron.

Tras la separación, se iniciaron los correspondientes procedimientos judiciales dirigidos a la disolución del matrimonio, el establecimiento de la paternidad de Marissa, así como la determinación de la custodia y derechos paterno-filiales sobre la misma.

Durante el juicio, ninguna de las partes exigió el cumplimiento de lo dispuesto en el acuerdo de subrogación, de hecho, todos ellos estaban de acuerdo en que carecía de eficacia vinculante, por lo que el juez de instancia terminó sentenciando que Robert Moschetta y Elvira Jordan, es decir, la mujer que había gestado a la niña, eran los padres legales de la menor, atribuyéndoles la custodia compartida de la niña.

Robert, recurrió dicha sentencia y el tribunal de apelación, mediante fallo de 10 de junio de 1994, confirmó la sentencia del tribunal de instancia, estimando a Robert como padre y alegando que no se podía considerar en absoluto a la señora Moschetta como madre de la niña, ya que ni la había gestado, ni tenía vinculación genética, biológica, natural o de ningún otro tipo con la misma, ni tampoco había ejercido sus derechos legales para reclamar su maternidad. Por el contrario, la gestante sí había cumplido con todos los referidos extremos, por lo que fue a quien se atribuyó la filiación de la niña conjuntamente con el padre.

Ante ello, Robert trató de emplear un último recurso, solicitando que se aplicase lo dispuesto en el acuerdo de subrogación, dejando con ello fuera a Elvira Jordan como madre de Marissa. En un primer momento, el tribunal de apelación alegó que no debería entrar a valorar un extremo nuevo que no se había considerado en el juicio anterior, pero debido al interés público en relación a dicha cuestión, decidió entrar a valorar dicho pedimento.

El tribunal consideró que, el Código de Familia californiano, contiene diversas presunciones que en caso de disputa, permitan inclinar la balanza hacia una u otra parte. En el caso "*Johnson v. Calvert*", ambas mujeres estaban legitimadas para exigir erigirse como madres del niño nacido, ya que una de ellas había dado a luz, y la otra había aportado sus gametos para la fecundación, queriendo ambas asumir sus derechos y obligaciones paternofiliales con respecto del menor. Ante esta situación, y considerando que la balanza estaba equilibrada con respecto a las dos mujeres, el Tribunal Supremo se inclinó por el criterio de la intención.

Pero en el presente caso, no había un empate que deshacer, no nos encontramos ante dos mujeres que ante la ley tienen derechos equitativos para solicitar ser reconocidas como madres, sino que la condición de gestante y de madre genética coincide en la misma persona, mientras que la señora Moschetta ni siquiera había ejercitado sus derechos para exigir la filiación a su favor con respecto de niña.

Por ello, y dado que en dicho momento la legislación californiana tan solo permitía establecer la filiación materna a favor de una mujer, el tribunal de apelación terminó reiterando su decisión de reconocer a Elvira Jordan como madre legal de Marissa y a Robert Moschetta como padre de la niña, decidiendo devolver el asunto al juzgado de primera instancia para que revisasen el establecimiento de las medidas relativas a la custodia y derechos de visita con respecto a la menor.

La última sentencia especialmente relevante en esta materia dictada en

los años 90, es la del caso “*In re the marriage of Buzzanca*”¹²⁹¹. En este supuesto Luanne y John Buzzanca decidieron tener un hijo a través de la gestación por sustitución, empleando para ello un embrión formado por gametos masculinos y femeninos procedentes de donantes anónimos.

Unos meses antes de que naciera la niña portada por la gestante subrogada, el matrimonio Buzzanca se separó y la cuestión relativa a la determinación de filiación legal de Jaycee se presentó ante el tribunal de primera instancia correspondiente.

Luanne reclamaba que tanto ella como su ex-esposo fueran declarados los padres legales de la niña, pero John no estaba dispuesto a asumir ninguna responsabilidad financiera o de ningún otro tipo sobre la menor. La gestante y su esposo también manifestaron expresamente que no deseaban hacerse cargo de la niña en absoluto.

La decisión final alcanzada por el tribunal de instancia fue sorprendente, al terminar concluyendo que la niña no tenía padres legales. Ello, puesto que no consideraba a la gestante ni a su esposo como padres biológicos, no podía atribuirle a la madre intencional la filiación de la niña puesto que no la había gestado, ni había proporcionado sus gametos, ni la había adoptado, y tampoco atribuyó ningún derecho paterno-filial con respecto del padre intencional, dado que no tenía ninguna conexión genética con la menor. También determinó que John Buzzanca no tenía por qué continuar sustentando económicamente a la menor puesto que no era su hija¹²⁹².

El Tribunal de Apelación del distrito cuarto de California, mediante resolución de 10 de marzo de 1998, revocó la sentencia dictada por el tribunal de instancia, declarando que tanto Luanne como John debían ser considerados

¹²⁹¹ “*In re the marriage of Buzzanca*”, cit.

¹²⁹² A dicho respecto, en un procedimiento separado seguido ante el Tribunal de Apelación del cuarto distrito, se dictó sentencia con fecha 6 de febrero de 1996, por la que se ordenaba que Robert Buzzanca continuara asumiendo su responsabilidad de manutención de la menor, hasta que se dictaminase lo que procediera en torno a la determinación de la filiación de la niña. A esta sentencia se la conoce como caso “*Jaycee B. v. The Superior Court of Orange County*” *Court of Appeal of the State of California, Fourth Appellate District, Division Three*. G019080 (Cal. Ct. App. Feb. 6, 1996).

los padres legales de la menor.

John alegaba que la niña no había nacido como consecuencia de un acuerdo de gestación por sustitución, ya que éste se había suscrito dos semanas después de implantar el embrión. Pero el tribunal de apelación consideró que dicho acuerdo sí era válido, ya que tan sólo suponía la constatación por escrito del acuerdo verbal previo a la fecundación que se había alcanzado por las partes intervinientes en el proceso.

John también alegaba que las dos formas previstas en la entonces redacción del artículo 7610 del Código de Familia mediante las que se puede determinar la maternidad, son: a) haber dado a luz; o b) tener una conexión genética con el menor, lo cual puede acreditarse mediante pruebas sanguíneas. Por ello, consideraba que la única persona a quién se podía atribuir la filiación de Jaycee era, precisamente, la gestante. O bien, que se hiciesen cargo de la niña los servicios sociales.

Frente a ello, la corte de apelación sostuvo que, conforme al artículo 7570(a) del Código de Familia, “existe un interés apremiante del Estado en determinar la paternidad de todos los niños”¹²⁹³, no pudiendo convertirse en norma general que todos aquéllos nacidos de técnicas de reproducción asistida y que carezcan de conexión genética con sus padres intencionales, tengan que ser declarados huérfanos, responsabilizándose de los mismos los servicios sociales.

Además, efectivamente los medios para atribuir la maternidad previstos en el artículo 7610 “pueden” servir para determinar dicha maternidad, pero no excluye la aplicación de otro conjunto de normas previstas en el Código de Familia¹²⁹⁴ que permiten determinar la paternidad en base a la conducta, más

¹²⁹³ *Section 7570.* “The Legislature hereby finds and declares as follows: (a) There is a compelling state interest in establishing paternity for all children. ...”. “Paternidad” que, conforme reza la sentencia, debe extenderse también a la determinación de la “maternidad”.

¹²⁹⁴ Como, por ejemplo, cuando una persona acoge en su domicilio a un niño para criarlo como propio, cuando un marido estéril da su consentimiento para permitir que su mujer sea inseminada artificialmente asumiendo al niño que nacerá como propio, o contraer matrimonio con la mujer que está embarazada asumiendo la paternidad del niño.

allá del hecho de dar a luz o de tener algún vínculo genético con el menor¹²⁹⁵.

Esta posibilidad ya se comprobó en el resultado del caso “*Johnson v. Calvert*”, donde la intención de las partes fue determinante para atribuir la filiación. O como también puede apreciarse en el presente supuesto, en el que no resulta controvertido el hecho de que, tanto Luanne como John, al suscribir el acuerdo de gestación por sustitución, tenían la intención de originar la concepción y posterior nacimiento de Jaycee.

Por todo ello, la corte de apelación declaró finalmente a John y Luanne Buzzanca como padres legales de Jaycee, aunque atribuyó la custodia de la menor tan sólo a la segunda al haber estado conviviendo con ésta desde su nacimiento, pero imponiendo al padre la obligación de abonar una pensión para la manutención de la niña, así como reconociéndole derechos de visita¹²⁹⁶.

También es necesario mencionar en este apartado relativo a la jurisprudencia, tres sentencias dictadas por el Tribunal Supremo de California, que pese a no estar relacionadas directamente con la gestación por sustitución, tienen un fuerte impacto en la determinación de los nacidos a partir de técnicas de reproducción asistida. Dichas sentencias matizaron el criterio jurisprudencial de la sentencia en el caso “*Johnson v. Calvert*” considerando, que en determinados supuestos, sí es posible determinar la maternidad legal de un niño a favor de más de una sola madre.

Estamos hablando de las sentencias dictadas el día 22 de agosto de

¹²⁹⁵ O incluso se puede evitar la aplicación de dichos medios establecidos en el art. 7610 para denegar los derechos paterno-filiales, pese a encontrarnos ante el verdadero padre o madre biológico del menor, tal y como sucedió en el caso “*In re marriage of Moschetta*”, con respecto de la gestante que había aportado su propio ovocito para la fecundación, o en el caso “*In re Zacharia D.*” (“*In re Zacharia D.*”, *Supreme Court of California*, 6 Cal.4th 435 (Cal. 1993)), en el que se denegó tanto la custodia como los restantes derechos paterno-filiales al padre biológico del niño, en atención al interés superior del menor, tras verificar el tribunal que tanto dicho padre biológico, como la madre legal del niño, tenían serios problemas con las drogas y que, además, el padre se encontraba en prisión, por lo que se le denegó cualquier derecho sobre el menor que continuó a cargo de los servicios sociales.

¹²⁹⁶ Ya que, aunque en dicho momento John Buzzanca no quería responsabilizarse ni tener ningún derecho ni obligación derivados de las relaciones paterno-filiales con la menor, tal y como afirma el Tribunal de Apelación, las relaciones humanas no son estáticas y quién sabe la relación que pueda generarse entre la niña y su padre en un futuro.

2005, relativas a la determinación de los derechos y obligaciones paterno-filiales con respecto a los niños nacidos en el seno de parejas homosexuales femeninas estables en los casos “*Kristine H. v. Lisa R.*”¹²⁹⁷, “*Elisa B. v. Superior Court*”¹²⁹⁸ y, por último, “*K.M. v. E.G.*”¹²⁹⁹.

En todas ellas, la Corte Suprema terminó concluyendo que “el hecho de compartir el proyecto de engendrar hijos y de tratarlos como propios en el marco de la relación de pareja, conlleva la atribución de la maternidad legal, lo que protege el interés superior del menor”¹³⁰⁰. Así, conforme a lo dispuesto en el Acta Uniforme de Paternidad, cabe la posibilidad de atribuir la filiación legal a favor de dos mujeres al mismo tiempo, esto es, a la madre biológica que haya llevado a cabo la gestación, así como a su pareja femenina con la que conviva y que hubiera asumido la intención de ejercer la coparentalidad de los niños.

En el caso de la pareja “*Kristine H. v. Lisa R.*”¹³⁰¹, la cuestión radicaba en determinar si la mujer que dio a luz, podía impugnar la maternidad de la mujer con la que había convivido y a cuyo favor había quedado determinada por la voluntad de ambas antes de producirse el nacimiento de la menor¹³⁰².

En este supuesto, Kristine había dado a luz a una niña el día 3 de octubre del año 2000, consecuencia de una inseminación artificial casera realizada con los gametos donados por un amigo de la pareja. Antes de producirse el nacimiento, ambas iniciaron un procedimiento ante el juzgado de familia competente californiano solicitando que se declarase a las dos mujeres progenitoras intencionales de la menor aún no nacida, y que se hiciese constar a Kristine en el espacio del certificado de nacimiento reservado a la “madre” y a Lisa en el espacio reservado para el “padre”. El 8 de septiembre del año 2000, obtuvieron una sentencia judicial en la que se reconocía a ambas la custodia conjunta de la menor, declarando a Kristine “madre/progenitora biológica,

¹²⁹⁷ “*Kristine H. v. Lisa R.*” *Supreme Court of California*, 37 Cal.4th 156, 160 (Cal. 2005).

¹²⁹⁸ “*Elisa B. v. Superior Court*” *Supreme Court of California*, 37 Cal.4th 108 (Cal. 2005).

¹²⁹⁹ “*K.M. v. E.G.*” *Supreme Court of California*, 37 Cal.4th 130 (Cal. 2005).

¹³⁰⁰ FARNÓS AMORÓS, E. y GARRIGA GORINA, M., “¿Madres? Pueden ser más de una”. *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4/2005. Barcelona, 2015. Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/306_es.pdf>. Última consulta: 19/02/2017.

¹³⁰¹ “*Kristine H. v. Lisa R.*”, cit.

¹³⁰² FARNÓS AMORÓS, E. y GARRIGA GORINA, M., “¿Madres? Pueden ser...”, cit., pág. 4.

genética y legal” de la niña aún no nacida y a su “pareja” Lisa “segunda madre/progenitora” de la niña.

Transcurridos casi dos años desde el nacimiento, Kristine y Lisa se separaron, solicitando la primera que se dejaran sin efecto los extremos estipulados en la sentencia que determinaba la filiación de su hija, alegando que la misma era nula al haberse dictado antes del nacimiento de la niña¹³⁰³. El tribunal de instancia le denegó su solicitud. Kristine recurrió ante la corte de apelación californiana¹³⁰⁴, que mediante sentencia de 30 de junio de 2004 determinó que la sentencia del tribunal de familia sí era nula, ya que no se debía aceptar que las partes hubiesen iniciado un procedimiento judicial para determinar la filiación de un menor sobre la base de un acuerdo alcanzado entre ambas.

La Corte Suprema californiana, terminó determinando que el procedimiento judicial había sido el adecuado¹³⁰⁵ y que, en base al principio del *estoppel*, una de dichas partes intervinientes en el procedimiento no puede poner en duda la validez de una declaración judicial que ella misma había promovido, yendo por tanto contra sus propios actos, tal y como ya sucedió en el caso “*Adoption of Matthew B., a minor*” en el año 1991. Permitir a Kristine atacar la validez de la sentencia también sería injusto para Lisa y para la menor, e iría contra el principio de orden público que favorece que los menores tengan dos progenitores en lugar de uno, y que tal y como resulta de la sentencia del caso “*Elisa B. v. Superior Court*”, no existe ningún impedimento legal para que dos mujeres puedan ostentar la paternidad de un menor.

En el caso de “*Elisa B. v. Superior Court*”¹³⁰⁶ se discute si, en ausencia

¹³⁰³ Dicha pretensión indignó al colectivo homosexual californiano, ya que nunca antes se había cuestionado judicialmente esta forma de establecer la filiación previamente al nacimiento, a la que recurren muchas parejas de gays y lesbianas en dicho Estado pese a que la Ley no preveía su aplicación para las parejas del mismo sexo. *Ibíd.*, pág. 4.

¹³⁰⁴ “*Kristine H. v. Lisa R.*” *Court of Appeal of the State of California, Second Appellate District, Division Three*. B167799 (Cal. Ct. App. Jun. 30, 2004).

¹³⁰⁵ La Corte Suprema estableció que el procedimiento judicial si fue válido, ya que el art. 7630 del Código de Familia californiano permite a cualquiera de las partes iniciar un procedimiento para determinar la filiación de un menor y el art. 7633 permite iniciar dicho procedimiento antes de su nacimiento.

¹³⁰⁶ “*Elisa B. v. Superior Court*”, cit.

de una adopción previa, puede imponerse la maternidad a una mujer integrante de una pareja del mismo sexo que anima a su compañera a tener descendencia a través de técnicas de reproducción asistida, para después criar a los nacidos como propios, y exigírsele contribuir económicamente a la manutención de los mismos tras la ruptura de la pareja.

Mientras eran pareja, a partir de sendos tratamientos de fecundación *in vitro*, Elisa B y Emily B. dieron a luz, la primera a un niño llamado Chance en 1997, y la segunda en 1998 a los gemelos Kaia y Ry¹³⁰⁷, niña y niño, respectivamente, nacidos todos ellos del esperma del mismo donante para que fueran hermanos biológicos. Ambas eligieron los nombres de los menores, les dieron un apellido que era la combinación de los de las dos mujeres y les consideraron hijos de ambas a todos los efectos. Ambas decidieron que Emily se quedaría en casa para cuidar de los niños y que Elisa mantendría económicamente a la familia con sus ingresos. Pese a que consultaron con un abogado sobre la posibilidad de adoptar a los niños de su respectiva pareja, nunca llegaron a hacerlo ni a fijar un acuerdo por escrito relativos a los niños.

Tras la ruptura de la pareja en noviembre de 1999, Elisa se comprometió a pagar “mientras pudiera” cantidades mensuales a Emily para la manutención de sus gemelos, pero al cabo de año y medio dejó de hacerlo y de visitar a los niños para no tener que estar en contacto con su ex-pareja debido a la tensión existente entre ambas.

Puesto que Emily no estaba recibiendo ayudas públicas, el condado de El Dorado interpuso una acción judicial dirigida a establecer la paternidad de los gemelos por parte de Elisa y a imponerle la obligación de mantenerlos económicamente. Elisa se opuso a la acción sobre la base de que ella no es “el otro padre” de los menores, que una pareja homosexual que no es madre biológica ni adoptiva no está facultada para solicitar la custodia o derechos de visita de los niños nacidos de su pareja durante la relación y que, por tanto, un juzgado no le podía tampoco imponer la obligación de mantener

¹³⁰⁷ Ry B. nació con síndrome de Down y con necesidades especiales, teniendo que someterle a una operación del corazón nada más nacer.

económicamente a dichos niños.

El tribunal de instancia consideró que Elisa debe responder como progenitor *de facto* de la manutención de los niños, ya que al consentir y animar a su procreación, no puede posteriormente desentenderse de su responsabilidad económica con respecto a los mismos, ya que la paternidad no se determina exclusivamente por criterios biológicos, ni tampoco por el estado civil de los progenitores. No obstante, el tribunal de apelación¹³⁰⁸ revocó la sentencia de instancia, concluyendo que Elisa no estaba obligada a pagar cantidad alguna para el mantenimiento de los gemelos, al no ser progenitor legal de los mismos conforme a lo dispuesto en el Acta Uniforme de Paternidad, no pudiendo atribuirse la maternidad de los menores a más de una mujer, tal y como resultaba del caso “*Johnson v. Calvert*”.

No obstante, el Tribunal Supremo en su sentencia estableció que la conclusión alcanzada en el caso “*Johnson v. Calvert*”, no debe ser rígidamente interpretada en los supuestos de hijos nacidos de parejas del mismo sexo, los cuales también merecen tener dos padres y dos fuentes de ingresos derivadas de los mismos, por lo que es posible determinar la maternidad a favor de dos mujeres en estos supuestos¹³⁰⁹.

El Supremo concluyó que Elisa, habiendo respaldado activamente y consentido el tratamiento de reproducción asistida en su ex-pareja, habiendo aceptado criar a los niños nacidos de la misma en su domicilio como hijos “naturales” y habiendo ejercido además la coparentalidad de los mismos durante un considerable periodo de tiempo, pese a carecer de vinculación genética con los mismos, debía ser considerada como madre legal en base a una interpretación analógica del artículo 7611 del Código de Familia relativo a la determinación de paternidad, que “presume que es padre el hombre que

¹³⁰⁸ “*Elisa B. v. The Superior Court of El Dorado County*” *Court of Appeal of the State of California, Third Appellate District*. C042077 (Cal. Ct. App. May. 20, 2004).

¹³⁰⁹ Y más, cuando es posible alcanzar el mismo resultado de la doble maternidad a través de los procesos de adopción, por lo que no procede denegar dicha posibilidad en el presente supuesto. En FARNÓS AMORÓS, E. y GARRIGA GORINA, M., “¿Madres? Pueden ser...”, cit., pág. 2.

convive con el hijo y lo trata como propio”¹³¹⁰ y que, por tanto, estaba obligada a la manutención de los niños, no permitiéndosele abandonar su responsabilidad por el mero hecho de una ruptura sentimental con la madre de los niños.

Finalmente, en el caso “K.M. v. E.G.”¹³¹¹, la Corte Suprema californiana tuvo que decidir si K.M., una mujer que aportó sus ovocitos para que E.G., su pareja femenina, los gestase y diese a luz, tenía derecho o no a ser considerada progenitora de las gemelas que nacieron de dicho proceso de fecundación *in vitro*.

E.G. alegaba que ella siempre había pretendido acceder a la maternidad individualmente pero que, al no ser capaz de producir la cantidad de ovocitos necesarios, accedió a llevar a cabo el proceso con los proporcionados por su ex-pareja, pero tras haber firmado ésta un acuerdo de donación de gametos por el que renunciaba a cualquier derecho paterno-filial sobre los niños que pudieran resultar de la donación.

Por su parte, K.M. manifestaba que ella se decidió a aportar sus gametos para la fecundación porque ella y E.G. tenían la intención de criar juntas en su domicilio a los menores que resultaran del tratamiento de reproducción asistida. Además, alegaba que suscribió el formulario de donación de ovocitos para poder tener hijos con su pareja, pretendiendo convertirse en progenitora de los mismos, formulario que no consideraba del todo exacto ya que, entre otros extremos, figuraba que no intentaría descubrir la identidad de la mujer en quién se implantarían los embriones resultantes de sus ovocitos donados, cuando estaba claro que se iban a emplear por E.G.

En los certificados de nacimiento de las dos niñas se hizo constar a E.G. como madre, dejando en blanco el apartado correspondiente al padre.

La relación de K.M. y E.G. terminó más de cinco años después del

¹³¹⁰ En FARNÓS AMORÓS, E. y GARRIGA GORINA, M., “¿Madres? Pueden ser...”, cit., pág. 2.

¹³¹¹ “K.M. v. E.G.”, cit.

nacimiento de las menores, que fueron criadas por ambas ejerciendo el papel de madres. Tras la ruptura, K.M. interpuso el procedimiento judicial reclamando ser considerada madre de las niñas junto con E.G.

El tribunal de instancia desestimó el pedimento de K.M., considerando que había donado sus ovocitos a E.G. y que no había fundamento para prestarle un tratamiento distinto del que estaba previsto para los donantes de esperma en el artículo 7613 del Código de Familia, pese a que había tratado a las niñas como propias desde su nacimiento. La corte de apelación confirmó¹³¹² dicha sentencia, considerando que las acciones llevadas a cabo por parte de ambas mujeres tras el nacimiento, no habían demostrado su intención de alterar el acuerdo inicial de donación, para lo que deberían haber recurrido a la adopción de las niñas.

El Tribunal Supremo californiano anuló ambas sentencias y consideró que K.M. sí debía ser considerada como madre de las menores, puesto que había aportado los ovocitos necesarios para la fecundación con la intención de que se empleasen en su pareja femenina y criar a los niños resultantes de los mismos como propios en la familia formada por ambas.

El Supremo, en un sentido similar a la conclusión alcanzada en el caso “*Johnson v. Calvert*”, estableció que era necesario tener en cuenta la intención de las partes y que K.M. en ningún momento había pretendido donar sus ovocitos, pese a que E.G. afirmaba lo contrario.

Lo que no se discutía por las partes y tenía claro el tribunal es que ambas madres convivían en el momento de la supuesta donación y que pretendían llevar a su domicilio a las niñas nacidas del proceso y criarlas como propias, tal y como así hicieron hasta llegar el momento de la ruptura cuando las pequeñas contaban con cinco años de edad, pudiendo ser ambas mujeres consideradas madres de las menores en base a lo dispuesto en el Código de Familia, ya que K.M. estaba relacionada genéticamente con ambas, y E.G.

¹³¹² “*K.M. v. E.G.*” *Court of Appeal of the State of California, First Appellate District, Division Five*. A101754 (Cal. Ct. App. May. 10, 2004).

había llevado a cabo la gestación y había dado a luz, por lo que declara a ambas madres de las menores¹³¹³. Asimismo, tal y como establece el tribunal, conforme al artículo 7632 del Código de Familia, la existencia de un acuerdo suscrito entre los progenitores o presuntos progenitores de un niño -en nuestro caso, el de donación de ovocitos-, no impide ejercitar una acción judicial para la determinación de la paternidad del menor.

La controversia suscitada en torno a si procedía o no la aplicación del artículo 7613(b)¹³¹⁴ del Código de Familia californiano relativo a los donantes de semen, llevó a una modificación de su redacción legal que aporte nuevamente seguridad jurídica en torno a dicha figura, rezando actualmente dicho artículo que un donante de semen no será considerado padre legal del niño que nazca a partir de dichos gametos, salvo que acuerde lo contrario con la gestante mediante un acuerdo por escrito previo a la concepción del menor. Además, en el año 2016¹³¹⁵ se ha introducido un último apartado (c) a dicho artículo mediante el que se establece que una donante de ovocitos que se pretendan emplear en reproducción asistida por una persona distinta al cónyuge o pareja no matrimonial de dicha donante, no será tratada legalmente como progenitora natural del niño concebido a partir de los mismos, salvo que el tribunal encuentre pruebas satisfactorias de que ambas mujeres tenían la intención de convertirse madres.

En definitiva, en estas tres sentencias del año 2005, el Tribunal Supremo recurre a la aplicación analógica de ciertas normas que permiten imponer la paternidad en el caso de las parejas heterosexuales, para hacerlo del mismo modo con respecto a las madres no gestantes de estos supuestos, y que se basan en dos elementos fundamentales: a) la intención de las partes, previa a la concepción mediante técnicas de reproducción asistida, sobre su voluntad de

¹³¹³ Es necesario mencionar que la referida sentencia del caso “K.M. v. E.G.” cuenta con un voto particular formulado por los magistrados J. Kennard y J. Werdegar, que consideran acreditado en el proceso que K.M. en ningún momento pretendía convertirse en madre de las menores, por lo que no puede atribuírsele la filiación de las mismas.

¹³¹⁴ La antigua redacción de la *section* 7613(b) establecía que “el donante que proporcione semen a un médico autorizado para su empleo en la inseminación artificial de una mujer casada que no sea la esposa del donante, será tratado legalmente como si no fuera el padre natural del niño que se concebirá a partir del mismo”.

¹³¹⁵ Mediante la *Assembly Bill No. 2349. Chapter 385*, cit.

asumir la filiación de los que nacerán a partir de las mismas; y b) el criterio de la convivencia con los hijos y haberlos tratado como propios durante dicho tiempo¹³¹⁶.

Un caso mucho más reciente es “*C.D. v. D.N. (In re adoption of A.N.)*”¹³¹⁷, en el que una mujer (D.N.) accedió a convertirse en la gestante subrogada de un matrimonio que no podía tener hijos y con el que tenía cierta amistad.

Para ello, entre los meses de febrero y marzo de 2010 suscribieron diversos documentos dirigidos a la formalización del acuerdo de gestación por sustitución y, tras ello, fueron implantados en la gestante diversos embriones formados con los gametos del señor D. y con los ovocitos de una donante. De dichos embriones nacieron trillizos en octubre de 2010 que figuraron en los certificados de nacimiento como hijos del padre intencional y genético y de la mujer que los había gestado, al solicitar esta última que así fuera para que le cubriese el seguro médico de su ex-pareja durante el proceso.

Mientras tanto, debido a la relación amistosa existente entre la gestante y la madre intencional, ambas desarrollaron un *reality show* por el que pretendían criar a sus ocho hijos en la misma casa, entre ellos los trillizos que nacerían de la gestante como consecuencia del acuerdo de subrogación.

Cuando los niños contaban con año y medio de edad, la relación entre la gestante y el matrimonio de los D. se deterioró, por lo que éstos le exigieron que abandonase el domicilio contiguo al del matrimonio, propiedad de éstos, en el que había residido durante dicho periodo. Dos meses más tarde, la madre intencional interpuso una solicitud de adopción de los trillizos hijos de su esposo basándose en el acuerdo de subrogación gestacional. La gestante se opuso a dicha solicitud, solicitando para sí la custodia de los niños y el establecimiento de derechos de visita, lo que le fue denegado por el tribunal de

¹³¹⁶ En FARNÓS AMORÓS, E. y GARRIGA GORINA, M., “¿Madres? Pueden ser...”, cit., pág. 5.

¹³¹⁷ “*C.D. v. D.N. (In re adoption of A.N.)*” *Court of Appeal of the State of California, Fourth Appellate District, Division Three*. G049050 (Cal. Ct. App. Nov. 17, 2014).

instancia del Condado de Orange en base al acuerdo de subrogación suscrito, así como por su falta de conexión genética con los menores.

La gestante alegaba que ella nunca había firmado un contrato de subrogación con los comitentes, aunque quizás sí “un trozo de papel”, que no había recibido asesoramiento legal de un abogado, aunque sí dijo que “probablemente” había entregado el contrato a su asesor para que lo revisara pero que no lo habían comentado, reconociendo no obstante la que parecía ser su firma en el acuerdo gestacional, entre otros extremos. Admitió haber suscrito los documentos que le presentaron en el establecimiento médico para iniciar los tratamientos dirigidos a la fecundación *in vitro* y alegaba que tanto ella como el matrimonio de los D. habían pretendido crear una “familia moderna” en la que todos ellos vivirían bajo el mismo techo criando a los ocho niños.

En los respectivos procedimientos llevados a cabo ante los tribunales de instancia, además de la documental aportada, se practicó prueba testifical prestada por diversas personas del entorno de la gestante y de los comitentes, de los asesores de ambas partes, así como del representante del centro médico, todos los cuales -salvo la gestante-, manifestaron que ésta nunca había tenido intención de convertirse en la madre de los menores y que siempre había tenido clara su condición de gestante subrogada en el proceso de gestación por sustitución.

A la vista de las pruebas practicadas y en atención al interés superior del menor, el tribunal de apelación terminó confirmando mediante sentencia de 17 de noviembre de 2014 la adopción de los menores por parte de la madre intencional ya que, pese a haberse demorado más de lo necesario en tramitar dicha adopción, se consideró probada la existencia del acuerdo de gestación por sustitución previo a la fecundación de la gestante, que ésta lo había firmado libre y voluntariamente¹³¹⁸, así como la intención de todas las partes intervinientes en el proceso.

¹³¹⁸ Estableciendo el tribunal de instancia, que si la gestante no había revisado adecuadamente el acuerdo de subrogación gestacional debidamente antes de firmarlo, era su propia responsabilidad, no pudiendo alegar fraude en un momento posterior yendo contra sus propios actos.

Por último, mencionaremos el caso de la gestante Melissa Cook¹³¹⁹, con un gran impacto social¹³²⁰ no solo por hasta qué punto alcanza la fuerza vinculante de los contratos de subrogación, sino también por las prácticas seguidas en los centros de reproducción asistida en los que, para asegurar una mayor probabilidad de éxito, prefieren implantar diversos embriones en el útero de la gestante, en lugar de tan solo uno, lo que aumenta el riesgo de embarazos múltiples y los problemas derivados de los mismos¹³²¹.

En el presente supuesto, Melissa Kay Cook, madre de cuatro hijos que ya había ejercido previamente como gestante subrogada para otra familia, suscribió un acuerdo de gestación por sustitución en el año 2015 con un padre intencional soltero (M.C.) que deseaba tener hijos. En agosto de dicho año, le fueron implantados tres embriones generados con los gametos del comitente y ovocitos de una donante anónima de 20 años, pese al riesgo de que todos ellos fructificasen debido a la juventud de la donante. Poco después, el doctor confirmó que los tres se habían implantado correctamente en el útero de la gestante.

¹³¹⁹ Denominado en el tribunal de instancia como caso “Cook v. Harding”, *United States District Court Central District of California. Case No. 2:16-cv-00742-ODW (AFM) (C.D. Cal. Jun. 6, 2016)*, y en el tribunal de apelación como caso “C.M. v. M.C.”, *Court of Appeal of the State of California, Second Appellate District, Division One. B270525 (Cal. Ct. App. Jan. 26, 2017)*.

¹³²⁰ Dicho caso está siendo objeto de un importante seguimiento, tanto por parte de la prensa internacional, ante la polémica actitud del padre intencional con respecto al respeto por la vida y los derechos de los niños portados por la gestante (por ejemplo, en <http://www.reuters.com/article/us-california-surrogacy-idUSKCN0YU2G3>), en <http://www.dailymail.co.uk/news/article-3608920/Surrogate-mother-48-gave-birth-triplets-despite-father-s-demand-abort-one-babies-couldn-t-afford-care-sues-custody.html> o en <http://people.com/celebrity/surrogate-mom-melissa-cook-granted-stay-on-l-a-courts-custody-ruling/>), entre muchos otros. Últimas consultas: 13/02/2017). Como por la doctrina especializada, que en diversos artículos ha abordado el mencionado caso, como es el caso de WHITE, P.M., “One for Sorrow, Two for Joy?: American embryo transfer guideline recommendations, practices and outcomes for gestational surrogate patients”. *Journal of Assisted Reproduction and Genetics* (on-line), Vol. 34(1), Springer. New York, 2017. Disponible en: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/28185120>. Última consulta: 01/04/2017. Pág. 431-443; o el de CHOUDHURY, C.A., “Transnational Commercial Surrogacy: Contracts, Conflicts, and the Prospects of International Legal Regulation”, *Florida International University Legal Studies Research Paper Series* (on-line), Paper No. 16-18. Florida International University. Florida (EEUU), 2016. Pág. 1-28. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2753783. Última consulta: 01/04/2017.

¹³²¹ Según estadísticas obtenidas del Registro Nacional de Reproducción Asistida de los EEUU; se ha podido comprobar que menos del 42% de los procesos de fecundación *in-vitro* cumplen con los parámetros recomendados en torno a dicha práctica. En WHITE, P.M., “One for Sorrow, Two for Joy?...”, cit., pág. 438.

Ante ello, el padre intencional exigió a Melissa que abortase¹³²², al menos uno de los embriones, ya que él no podía hacerse cargo de los tres niños. La gestante se negó por completo y, ante dicha negativa, el comitente la amenazó con no pagarle los honorarios pactados y manifestó que cuando naciesen los niños, renunciaría a uno de ellos y lo entregaría en adopción. Melissa se ofreció a adoptar a este tercer niño, pero el comitente dijo que prefería darlo en adopción a un extraño.

Tras dar a luz a los trillizos el 20 de febrero de 2016, Melissa Cook interpuso una acción judicial por privación de derechos¹³²³, tanto en su propio nombre, como en su calidad de representante *ad litem* de los menores, por considerar que la legislación californiana en materia de subrogación es inconstitucional. Esta es la primera vez que se ha cuestionado la constitucionalidad de un proceso habilitante de los acuerdos de gestación por sustitución en los EEUU.

En dicho sentido, apelando al interés superior de los menores, solicitó ser declarada judicialmente madre legal de éstos pese carecer de vinculación genética con los niños. Alegaba, asimismo, la inconstitucionalidad del artículo 7962 del Código de Familia de California por considerar que la presunción de validez de la que gozan los acuerdos de subrogación simplemente por el hecho de cumplir con el procedimiento prevenido en dicho artículo, vulnera el derecho constitucional de las gestantes y de los niños a un proceso judicial justo y a recibir una protección igualitaria¹³²⁴.

La demanda de la gestante ante el tribunal de instancia del Distrito

¹³²² La posibilidad de abortar alguno de los embriones es habitual en la medicina reproductiva y se la conoce como “técnica de reducción embrionaria”. Dicha práctica, se dirige a “garantizar el mayor porcentaje de éxitos sin riesgo de un embarazo múltiple” y “consisten en eliminar de forma selectiva a los embriones ya implantados (a partir de la 9^a10^a semana), para que sólo lleguen a término uno o dos. Además de eliminar de forma selectiva y arbitraria a determinados embriones, estas técnicas conllevan riesgos para los embriones restantes”, por lo que algunos autores la consideran inadmisibles éticamente. En VEGA, J. et al., “El hijo en la procreación artificial. Implicaciones éticas y medicolegales.”. *Cuadernos de Bioética*, 1995/1^a. Asociación Española de Bioética y Ética Médica. Madrid, 1995. Pág. 67.

¹³²³ Section 1983 “Civil action for deprivation of rights”, Title 42 “The Public Health And Welfare” of the United States Code (42 U.S.C. §1983).

¹³²⁴ Article XIV (Amendment 14 - Rights Guaranteed: Privileges and Immunities of Citizenship, Due Process, and Equal Protection) of the Constitution of the United States.

Central de California, dio lugar a la sentencia de 6 de junio de 2016 en el caso “*Cook v. Harding*”¹³²⁵, que terminó determinando que, dado que el acuerdo de subrogación gestacional suscrito por la gestante y el comitente cumplía escrupulosamente con todos los requisitos procedimentales establecidos en el artículo 7962 del Código de Familia californiano, dicho contrato era plenamente vinculante y de obligado cumplimiento para las partes, por lo que confirmó la filiación de los niños a favor de su padre intencional y desestimó los pedimentos de Melissa Cook, independientemente de lo que sucediera con los niños.

Melissa recurrió dicha sentencia ante la Corte de Apelación, que mediante sentencia de 26 de enero de 2017¹³²⁶ confirmó por completo la sentencia dictada por el tribunal de instancia al considerar que: a) el padre intencional había cumplido con todos los requisitos exigidos en el artículo 7962 del Código de Familia dirigidos a determinar la filiación de los niños a su favor y a terminar con los derechos de la gestante; y b) que la aplicación por parte del tribunal de instancia de las directrices prevenida en dicho artículo 7962, era plenamente compatible con los derechos constitucionales de Melissa y de los niños.

¹³²⁵ “*Cook v. Harding*”, *United States District Court Central District of California. Case No. 2:16-cv-00742-ODW (AFM)* (C.D. Cal. Jun. 6, 2016).

¹³²⁶ “*C.M. v. M.C.*”, *Court of Appeal of the State of California, Second Appellate District, Division One. B270525* (Cal. Ct. App. Jan. 26, 2017).

CAPÍTULO XIII. SITUACIÓN LEGAL DE LA SUBROGACIÓN EN PORTUGAL

13.1. Antecedentes legislativos en materia de reproducción asistida.

Tal y como establecía el artículo 1.2 de la Ley portuguesa 12/1993, de 22 de abril¹³²⁷, sobre extracción y trasplante de órganos y tejidos de origen humano, la donación de óvulos y de espermatozoides, así como la transferencia y manipulación de embriones, debían ser objeto de una legislación especial.

Asimismo, conforme al artículo 67.2.e) de la Constitución de la República portuguesa¹³²⁸, correspondía al Estado para la protección de la familia regular la reproducción asistida en términos que salvaguardasen la dignidad de la persona humana¹³²⁹.

Sin embargo, no fue hasta el año 2006 cuando se aprobó en Portugal la primera ley en materia de TRA.

Hasta dicho momento, dicha disciplina se basaba en el país luso en una mera interpretación extensiva de referencias realizadas a la misma en artículos dispersos de diversos textos legales. Como el artículo 1839.3 del Código Civil¹³³⁰, que no permitía impugnar la paternidad derivada de un tratamiento de inseminación artificial por parte del cónyuge que la consintió¹³³¹, o el artículo 9¹³³² de la Ley 3/1984, de 24 de marzo, de Educación Sexual y Planificación

¹³²⁷ Lei nº 12/93 de 22 de Abril, Colheita e Transplante de Órgãos e Tecidos de Origem Humana. Diário da República, 1.ª série-A. Núm. 94, de 22 de Abril de 1993.

¹³²⁸ Constituição da República Portuguesa, de 2 de Abril de 1976. Aprobada por Decreto de 10 de Abril de 1976.

¹³²⁹ “Artigo 67.º Família. ...2. Incumbe, designadamente, ao Estado para protecção da família: ...e) Regular a procriação assistida, em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana.”

¹³³⁰ Código Civil português. Aprobado por el Decreto-Lei n.º 47344/66, de 25 de Novembro.

¹³³¹ “Artigo 1839.º (Fundamento e legitimidade) ...3. Não é permitida a impugnação de paternidade com fundamento em inseminação artificial ao cônjuge que nela consentiu.”

¹³³² “Artigo 9º (Tratamento da esterilidade e inseminação artificial). 1. O Estado deve promover e proporcionar a todos, através de centros especializados, o estudo e o tratamento de situações de esterilidade, bem como o estudo e a prevenção de doenças de transmissão

Familiar¹³³³, que consideraba la inseminación artificial como una opción válida para los casos de esterilidad e imponía al Estado la obligación de promover y proporcionar, a través de centros especializados, el estudio y el tratamiento de dicha técnica como medio para suplir la mencionada dolencia.

En lo no previsto por la normativa existente -que era en la mayoría de los casos-, para la resolución de los problemas surgidos en la práctica de la aplicación de dichas técnicas, debía efectuarse una integración de las lagunas en base a los criterios de interpretación analógica o teleológica contenidos en el Código Civil portugués¹³³⁴.

No obstante, estas reglas no siempre permitían colmar los vacíos legales que existían en múltiples aspectos controvertidos que surgían como consecuencia de la aplicación de las TRA. Como, entre muchísimas otras cuestiones, si las mujeres solteras tenían derecho a emplearlas de forma individual, si era posible la aplicación de la inseminación post-mortem o si recurrir a donantes anónimos era compatible con el derecho a la identidad personal proclamado en el artículo 26.1¹³³⁵ de la Constitución portuguesa¹³³⁶.

Así, hasta la aprobación de la Ley en el año 2006, eran las propias clínicas especializadas quienes establecían sus propios criterios en la materia, con el único límite de respetar las normas jurídicas de aplicación colateral, como las disposiciones del ordenamiento jurídico portugués en materia de filiación, las de determinación de la maternidad o paternidad, los preceptos relativos a validez de los contratos o la normativa en materia penal, entre

hereditária. 2. O Estado aprofundará o estudo e a prática da inseminação artificial como forma de suprimento da esterilidade. 3. Compete aos centros de saúde detectar e estudar, de acordo com o estado de desenvolvimento da medicina e os meios ao seu alcance, e encaminhar para os centros especializados os casos previstos nos números anteriores.”

¹³³³ Lei nº 3/84 de 24 de Março, Educação Sexual e Planeamento Familiar. Diário da República, 1.ª série. Núm. 71, de 24 de Março de 1984.

¹³³⁴ COELHO, F.M.P., “Procriação assistida com...”, cit., pág. 11.

¹³³⁵ “Artigo 26.º. Outros direitos pessoais. 1. A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação.”

¹³³⁶ COELHO, F.M.P., “Procriação assistida com...”, cit., pág. 10-11.

otras¹³³⁷.

Pese a la ausencia de normativa específicamente aplicable, que llevó a que médicos y otros profesionales de la salud no tuviesen más remedio que “autoregularse”¹³³⁸ en un campo tan sensible como el de la reproducción asistida, no se produjeron muchas controversias que llegaran a los Tribunales¹³³⁹.

Ante dicho panorama, el Consejo Nacional de Ética para las Ciencias de la Vida (CNECV) emitió diversas opiniones e informes en los que alertaba de la necesidad de solucionar la laguna legal en la materia, así como la necesidad de cumplir con el mandato constitucional para proceder a su regulación¹³⁴⁰.

Hubo más de una decena de proyectos de ley presentados por los distintos grupos parlamentarios de la Asamblea de la República¹³⁴¹, dirigidos a regular normativamente la utilización de las TRA en Portugal y tratar de otorgar una solución a esta situación, pero ninguno de ellos llegó a aprobarse

¹³³⁷ En RAPOSO, V.L., “La nueva ley portuguesa...”, cit., pág. 8.

¹³³⁸ De una manera muy acertada desde el punto de vista de RAPOSO y PEREIRA tal y como indican en RAPOSO, V.L. y PEREIRA, A.G.D., “Primeiras Notas sobre a Lei Portuguesa de Procriação Medicamente Assistida (Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho)”. *Lex Medicinæ, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*. Ano 3, Núm. 6. Coimbra Editora, 2006. Pág. 89.

¹³³⁹ Mencionaremos, como ejemplo, tan solo la sentencia del Tribunal Central Administrativo Norte de 18 de diciembre de 2015, en la que el Tribunal tuvo que resolver sobre un caso en que diversas muestras de esperma criopreservadas se habían destruido tras un periodo superior a diez años. En dicho proceso, el demandante reclamaba una indemnización por la destrucción de las referidas muestras, alegando que no se le había informado de la existencia de un plazo máximo de criopreservación. El Tribunal estimó, finalmente, que no podía efectuarse un juicio de censura por dolo o negligencia del centro médico en que se encontraban criopreservados los gametos, dado que, pese a que el protocolo de actuación del mismo garantizaba un periodo máximo de criopreservación de 5 años, tras el cual los interesados debían ponerse en contacto con el centro para reiterar su voluntad de que las muestras continuaran congeladas, sin la cual, se procedería a su destrucción, en el presente supuesto, pese a que el centro no había informado al paciente de la necesidad de efectuar dicha comunicación, las muestras correspondientes al mismo se destruyeron pasados los diez años desde la toma de las muestras. (Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, de 12 de Dezembro de 2015. Processo 01262/08.0BEPRT. 1ª Secção – Contencioso Administrativo).

¹³⁴⁰ Como el Relatório-Parecer sobre Reprodução Medicamente Assistida (3/CNE/93); el Relatório-Parecer (15/CNECV/95) sobre a Experimentação do Embrião; el Relatório (25/CNECV/98) relativo ao Projecto da Proposta de Lei sobre a Utilização Terapêutica de Produtos Biológicos de Origem Humana e de Biotecnologia; o el Documento Preliminar de trabalho sobre o Genoma Humano (31/CNECV/2000), entre otros.

¹³⁴¹ En uso de la facultad que les confiere el artículo 156.b) de la Constitución portuguesa para “Apresentar projectos de lei, de Regimento ou de resolução, designadamente de referendo, e propostas de deliberação e requerer o respectivo agendamento”.

definitivamente debido a las divergencias éticas, ideológicas y políticas de la época¹³⁴².

El primero de dichos proyectos fue el redactado por la Comisión para el Encuadramiento Legislativo de las Nuevas Tecnologías¹³⁴³, constituida en el año 1986 por el entonces Ministro de Justicia, Don Mário Raposo, el cual, pese a gozar de una gran calidad técnica, no logró llevar a la aprobación de una ley integral en materia de reproducción asistida¹³⁴⁴.

Se basaba en cinco principios fundamentales¹³⁴⁵: a) el de subsidiariedad, por el que deberá quedar claro en la norma que la reproducción asistida constituye un medio subsidiario -nunca alternativo- para procrear, debiendo fijarse para ello los supuestos y condiciones que deberán concurrir para poder emplear, como último remedio, las técnicas de reproducción asistida; b) el de responsabilidad, debiendo exigirse legalmente que dichas técnicas sean empleadas bajo la responsabilidad y vigilancia directa de un médico, así como en organismos especializados debidamente autorizados para ello, y marcando los deberes y responsabilidades de dichos profesionales para los casos de incumplimiento; c) el de libertad, en base al cual, todos los usuarios de dichas técnicas, tanto los que se benefician de las mismas, como los donantes de gametos en su caso, deberán prestar un consentimiento informado libre y voluntario en relación a las técnicas a emplear; d) el principio de protección de la vida y de la integridad física de la madre y del *nasciturus*,

¹³⁴² Al no conseguirse alcanzar acuerdos mayoritarios en materias como la admisibilidad de la inseminación heteróloga o la posibilidad de experimentar con embriones sobrantes. En DE OLIVEIRA, G., "Legislar sobre Procriação Assistida". Procriação Assistida. Coloquio Interdisciplinar (12-13 de Dezembro de 1991). Publicações do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Núm. 2. Coimbra, 1993. Pág. 81.

¹³⁴³ Proyecto de Ley sobre utilización de técnicas de producción asistida, que se acompañó por otros dos Proyectos de Ley, uno dirigido a la regulación de los centros de reproducción asistida y, otro, sobre una posible creación de un Consejo Nacional de Bioética. Todos dichos Proyectos figuran transcritos en COMISSÃO PARA O ENQUADRAMENTO LEGISLATIVO DAS NOVAS TECNOLOGIAS, *Utilização de Técnicas de Procriação Assistida (Projectos)*. Publicações do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Núm. 1. Coimbra, 1990.

¹³⁴⁴ Aunque sí se promulgó un Decreto-Ley que concretó criterios de recogida, manipulación y conservación de gametos masculinos para su empleo en técnicas de reproducción asistida. El Decreto-Lei n.º 319/86, de 25 de Setembro. Diário da República, 1.ª serie. Núm. 221, de 25 de Setembro de 1986.

¹³⁴⁵ COELHO, F.M.P., "Procriação assistida com...", cit., pág. 14-17.

por el que solo se deberá autorizar el empleo de la técnica de reproducción asistida de que se trate, si existe una probabilidad razonable de éxito y no se ponga en riesgo la salud o la vida de la madre o del niño; y, finalmente, e) el principio de protección del *nasciturus*, debiendo el Estado garantizarle su derecho al desarrollo integral en el seno de la estructura familiar en que se halle integrado.

Con respecto a la gestación por sustitución, el artículo 5¹³⁴⁶ de este proyecto de ley establecía que no debería ser permitida, independientemente de que la gestante aportase o no sus óvulos para la fecundación, y estableciendo la nulidad de pleno derecho de los contratos que la tuvieran por objeto, tanto si mediaba compensación económica, como si no. No obstante, el proyecto tan solo sancionaba a quienes se dedicasen a promocionar este tipo de contratos con finalidad lucrativa, pudiendo llegárseles a sancionar con penas de prisión de hasta tres años¹³⁴⁷.

De entre los posteriores proyectos de ley, destaca el n.º 135/VII¹³⁴⁸, que consiguió llegar hasta la aprobación del Decreto n.º 415/VII¹³⁴⁹, de 17 de julio de 1999, pero que fue vetado finalmente por el entonces Presidente de la República, Don Jorge Sampaio¹³⁵⁰.

En el mencionado decreto del año 1999 y con respecto a la gestación subrogada, en un sentido similar al proyecto de ley del año 1986 se prohibía el

¹³⁴⁶ “Artigo 5º (Maternidade de substituição). 1. Não é permitido o recurso a mãe de substituição, quer esta contribua ou não com os seus óvulos. 2. Considera-se mãe de substituição a mulher que se obrigue, por contrato, a suportar a gravidez por conta de outrem e a entregar a criança depois do parto. 3. O contrato a que se refere o número anterior é nulo, que se tenha estipulado ou não uma retribuição pelo serviço prestado.”.

¹³⁴⁷ Artigo 47º (Promoção de maternidade de substituição).

¹³⁴⁸ Proposta de Lei (CDS-PP) n.º 135/VII que regula as técnicas de procriação medicamente assistida.

¹³⁴⁹ Decreto n.º 415/VII, de 17 de Junho de 1999. Diário da República, II serie A. Núm. 80, de 16 de Julho de 1999.

¹³⁵⁰ Veto que fue consecuencia de las quejas de la comunidad científica ante el límite impuesto al número de ovocitos a inseminar, que consideraban haría inviable *de facto* el empleo de las TRA. Dicha comunidad científica, tampoco estaba de acuerdo con las normas que quebraban el anonimato de los donantes de esperma. En ABREU, L.D., “A renúncia da Maternidade: reflexão jurídica sobre a maternidade de substituição. Principais aspectos nos direitos português e brasileiro”. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Vol. 11. Instituto Brasileiro de Direeito de Família. Santo Agostinho (Brasil), 2009. Pág. 93-104.

recurso a la misma¹³⁵¹, se establecía la nulidad de los negocios jurídicos que la tuvieran por objeto, tanto onerosos como gratuitos, y se establecía que sería a la gestante a quien se consideraría madre del niño nacido a todos los efectos legales¹³⁵².

Además de dicha prohibición, en su artículo 31¹³⁵³ se sancionaba con penas de prisión de hasta 3 años a quienes promovieran la maternidad subrogada por cualquier medio, ya fuera mediante el ofrecimiento directo, a través de intermediario o por anuncio público.

Con respecto a la determinación de la paternidad del menor, el artículo 16¹³⁵⁴ del decreto contenía una presunción legal por la que se consideraba padre del niño nacido al marido o pareja de hecho de la mujer que hubiera sido inseminada artificialmente, admitiéndose, no obstante, la impugnación de dicha presunción para el caso de que el mencionado esposo o pareja de hecho no hubiera prestado su consentimiento para el tratamiento, o bien, si se demostraba que el niño nacido no era resultado del mismo.

Tras el citado veto, en el año 2005 los grupos parlamentarios PS

¹³⁵¹ Estableciendo LOUREIRO la necesidad de plantearse el sentido de fijar prohibiciones en un mundo globalizado en el que, gracias al “turismo biomédico”, las fronteras se convertirán en meras líneas de un mapa que no impedirán acudir a otro lugar en que podamos llevar a cabo la técnica de reproducción asistida, entre otros aspectos, en que podamos estar interesados. En LOUREIRO, J.C., “Outro Útero é Possível: Civilização (da técnica), Corpo e Procriação. Tópicos de um Roteiro em torno da Maternidade de Substituição”, en ANDRADE, M.D.C. (Coord.), *Direito Penal: Fundamentos Dogmáticos e Político-Criminais. Homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld*. Coimbra Editora. Coimbra, 2013. Pág. 1418.

¹³⁵² “Artigo 6.º Mãe de substituição. 1 – É proibido o recurso à mãe de substituição. 2 – Para efeitos do disposto no número anterior, entende-se por maternidade de substituição qualquer situação em que a mulher se disponha a suportar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o parto, renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade. 3 – São nulos os negócios jurídicos, gratuitos ou onerosos, de maternidade de substituição. 4 – A mulher que suportar uma gravidez em substituição de outrem é havida para todos os efeitos legais como a mãe da criança que vier a nascer.”.

¹³⁵³ “Artigo 31.º Promoção da maternidade de substituição. A promoção, por qualquer meio, designadamente através de convite directo ou por interposta pessoa ou de anúncio público, de maternidade de substituição constitui crime punido com pena de prisão até três anos.”.

¹³⁵⁴ “Artigo 16.º Determinação da paternidade. 1 – Se da inseminação... vier a resultar o nascimento de um filho, será este havido como filho do marido ou daquele que viva em união de facto com a mulher inseminada, desde que este haja consentido na inseminação... . 2 – A presunção da paternidade estabelecida nos termos do n.º 1 pode ser impugnada pelo marido ou aquele que viva em união de facto se provar que não houve consentimento ou que o filho não nasceu de inseminação para que o consentimento foi prestado.”.

(Partido Socialista¹³⁵⁵), BE (Bloque de Izquierda¹³⁵⁶), PCP (Partido Comunista Português¹³⁵⁷) y PSD (Partido Socialista Democrático¹³⁵⁸), presentaron respectivamente los proyectos de ley 151/X¹³⁵⁹, 141/X¹³⁶⁰, 172/X¹³⁶¹ y 176/X¹³⁶², cuya discusión y debate llevó, finalmente, a la aprobación de la Ley portuguesa 32/2006, sobre Reproducción Médicamente Asistida¹³⁶³.

En relación con la figura de la gestación por sustitución, de entre dichos proyectos los números 141/X y 172/X, no contenían ninguna disposición específica ni ningún tipo de mención en absoluto en la materia¹³⁶⁴.

Con respecto al proyecto de ley 151/X, en su artículo 6.3¹³⁶⁵ consideraba nulos de pleno derecho los negocios jurídicos onerosos de “maternidad de sustitución”, considerando madre a efectos legales a la mujer que hubiera llevado a cabo el embarazo.

Sin embargo, el apartado 2 de dicho artículo preveía la posibilidad de que el Consejo Nacional de Reproducción Médicamente Asistida pudiese autorizar a su criterio dicha técnica, en casos excepcionales, si concurriesen de forma conjunta, todos los requisitos establecidos en el artículo 27.1¹³⁶⁶ del

¹³⁵⁵ Partido Socialista (PS).

¹³⁵⁶ Bloco de Esquerda (BE).

¹³⁵⁷ Partido Comunista Português (PCP).

¹³⁵⁸ Partido Socialista Democrático (PSD).

¹³⁵⁹ Projecto de Lei (PS) n.º 151/X, de 27 de Julho de 2005. Regula as Técnicas de Procriação Medicamente Assistida.

¹³⁶⁰ Projecto de Lei (BE) n.º 141/X, de 8 de Julho de 2005. Regula as Aplicações Médicas da Procriação Assistida.

¹³⁶¹ Projecto de Lei (PCP) n.º 172/X, de 6 de Outubro de 2005. Regula as Técnicas de Reprodução Medicamente Assistida.

¹³⁶² Projecto de Lei (PSD) n.º 176/X, de 13 de Outubro de 2005.

¹³⁶³ ABREU, L.D., “A renúncia da Maternidade...”, cit. Pág. 93-104

¹³⁶⁴ REIS, R.V.E., *O Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas*. Coimbra Editora. Coimbra, 2008. Pág. 419.

¹³⁶⁵ “Artigo 6.º Mãe de substituição. 1 — Entende-se por maternidade de substituição qualquer situação em que a mulher se disponha a suportar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o parto, renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade. 2 — É restringido o recurso à maternidade de substituição, à apreciação do CNPMA. 3 — São nulos os negócios jurídicos, onerosos, de maternidade de substituição. 4 — Com excepção dos casos previstos no número 2, a mulher que suportar uma gravidez em substituição de outrem é havida para todos os efeitos legais como a mãe da criança que vier a nascer.”

¹³⁶⁶ “Artigo 27º Maternidade de substituição. 1 – Poderá ser autorizado pelo Conselho Nacional de Reprodução Medicamente Assistida, a título excepcional, o recurso à maternidade de substituição, de acordo com os critérios a definir pelo Conselho e quando se verificarem cumulativamente as seguintes condições: a) Tratar-se do único recurso para responder à

Proyecto de Ley, es decir: a) que se trate del único recurso posible para responder a una situación concreta de infertilidad; b) que sean respetados los intereses y derechos de la pareja, del futuro niño y de la gestante, mediante el consentimiento informado de la gestante y de los futuros padres; y c) que no se realice ningún tipo de remuneración, más allá de los gastos derivados del proceso en que se pueda incurrir, objetivamente comprobados.

Asimismo, en su artículo 30¹³⁶⁷ se sancionaba expresamente a quienes, por cualquier medio, realizasen actos para promover llevar a cabo acuerdos de gestación por sustitución de tipo oneroso.

Y, finalmente, el proyecto de ley 176/X, prohibía en su artículo 20¹³⁶⁸ el recurso a las llamadas “madres portadoras”, considerando nulos los negocios jurídicos, gratuitos u onerosos, de gestación uterina para otro.

Con respecto al régimen sancionador previsto en este último proyecto de ley para los casos de incumplimiento en la prohibición de llevar a cabo procesos de gestación subrogada, se establecía en el apartado segundo de su artículo 20 que la filiación de los nacidos a partir de dicha técnica se determinaría a favor de la mujer gestante y, por otra parte, el artículo 41.1.d)¹³⁶⁹ se preveían multas de entre 10.000 y 100.000 euros, para quienes realizasen labores de publicitación de la gestación subrogada.

13.2. La Ley portuguesa n.º 32/2006, de 26 de julio, sobre

situação concreta de infertilidade; b) Serem respeitados os interesses e os direitos do casal, da criança a nascer e da mãe de substituição, através de consentimento informado da gestante e dos futuros pais; c) Não ser praticada qualquer remuneração, sem prejuízo da compensação das despesas realizadas, objectivamente comprovadas. ...”.

¹³⁶⁷ “Artigo 30.º Maternidade de substituição. A promoção, por qualquer meio, designadamente através de convite directo ou por interposta pessoa ou de anúncio público, de maternidade de substituição a título oneroso constitui crime punido com pena de prisão até três anos.”.

¹³⁶⁸ “Artigo 20.º Maternidade. 1 – Não é permitido o recurso às chamadas mães portadoras, sendo nulos os negócios jurídicos, gratuitos ou onerosos, de gestação uterina para outrem. 2 – Em caso de violação da proibição constante do número anterior, a filiação é estabelecida em relação à mãe portadora.”.

¹³⁶⁹ “Artigo 41.º Contra-ordenações. 1 – Constitui contra-ordenação punível com uma coima de 10 000 a 100 000 euros: ...d) A publicitação da maternidade de substituição.”.

Reproducción Médicamente Asistida (LPMA)¹³⁷⁰

Tras dicho periodo inicial de dos décadas, en que las TRA se venían aplicando en Portugal sin contar con legislación específica que dotase de seguridad jurídica a la materia, finalmente, el 26 de julio de 2006, la Asamblea de la República portuguesa aprobó la Ley 32/2006 sobre Reproducción Médicamente Asistida (LPMA)¹³⁷¹, que permitió colmar dicha laguna legal

La ley regula la utilización de las técnicas médicas¹³⁷² dirigidas a lograr el embarazo en casos de infertilidad o cuando se revelen como aptas para curar o prevenir enfermedades de transmisión genética, infecciosas o de otro tipo, debiendo respetar en todo caso la dignidad humana y no contribuir a discriminaciones basadas en el patrimonio genético o en el mero hecho de haber nacido como consecuencia de las mismas¹³⁷³.

A dichos efectos, la ley prohíbe expresamente la clonación reproductiva¹³⁷⁴ o el empleo de técnicas que permitan seleccionar el sexo u otras características en el *nasciturus* que no tengan carácter médico o necesario, salvo que exista alguna enfermedad de transmisión genética ligada al sexo del bebé que no se pueda determinar con un diagnóstico

¹³⁷⁰ Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, Procriação Medicamente Assistida. Diário da República, 1.ª serie. Núm. 143, de 26 de Julho de 2006.

¹³⁷¹ Ley que se divide en ocho capítulos: CAPÍTULO I – Disposições gerais (arts. 1.º a 10.º). CAPÍTULO II – Utilização de técnicas de PMA (arts. 11.º a 18.º). CAPÍTULO III – Inseminação artificial (arts. 19.º a 23.º). CAPÍTULO IV – Fertilização *in vitro* (arts. 24.º a 27.º). CAPÍTULO V – Diagnóstico genético pré-implantação (art. 28.º y 29.º). CAPÍTULO VI – Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida (art. 30.º a 33.º). CAPÍTULO VII – Sanções (art. 34.º a 46.º). Y CAPÍTULO VIII – Disposições finais (art. 47.º y 48.º).

¹³⁷² En especial, la inseminación artificial, la fecundación *in vitro* o el diagnóstico genético preimplantacional, cada uno de los cuales tiene asignado un capítulo específico de la Ley. Pero, también será de aplicación el capítulo IV de la Ley a otras técnicas de laboratorio, como la inyección intracitoplasmática de espermatozoides, la transferencia de embriones, gametos o cigotos, y cualquier otra equivalente o subsidiaria que implique la manipulación de gametos o de embriones, con las debidas adaptaciones. Arts. 2 y 47 LPMA.

¹³⁷³ Por lo que se impone un deber específico de sigilo y de confidencialidad, cuyo incumplimiento puede acarrear penas de prisión de hasta un año o multas de hasta 240 días. Art. 43 LPMA, en relación con el incumplimiento de lo dispuesto en el art. 15 LPMA.

¹³⁷⁴ Con finalidad de crear seres humanos idénticos genéticamente a otros, tal y como dispone el art. 7.1 LPMA. También se prohíbe el empleo de técnicas de reproducción asistida para la obtención de quimeras o híbridos, castigándose, tanto la clonación como estos últimos supuestos, con penas de prisión de entre 1 y 5 años (art. 36 y 38 LPMA).

preimplantacional¹³⁷⁵, o que sea necesario obtener antígenos leucocitarios humanos¹³⁷⁶ compatibles para el tratamiento de una enfermedad grave¹³⁷⁷.

Solo se podrá recurrir a los tratamientos médicos de reproducción asistida como método subsidiario de reproducción cuando concurren las mencionadas causas de infertilidad o por prescripción médica que así lo aconseje, pero nunca como alternativa a la reproducción natural, por lo que su empleo no depende de la mera voluntad o deseo de sus potenciales beneficiarios¹³⁷⁸.

En cuanto a los requisitos establecidos para los beneficiarios de dichas técnicas, en un momento inicial y siguiendo la línea más conservadora¹³⁷⁹, tan solo se permitía acceder a las mismas a parejas heterosexuales casadas, o bien a parejas de hecho -también heterosexuales- que hubiesen convivido en condiciones análogas al matrimonio durante un periodo no inferior a dos años.

Pero, actualmente, con la aprobación de la Ley n.º 17/2016, de 20 de junio¹³⁸⁰, que amplía el ámbito de beneficiarios de las técnicas de reproducción asistida, alterando para ello el contenido de la Ley n.º 32/2006, de 26 de julio, se ha garantizado el acceso a las técnicas de reproducción asistida, además de a todos los anteriores, también a las mujeres en igualdad de condiciones, independientemente del diagnóstico de infertilidad¹³⁸¹, así como de su estado

¹³⁷⁵ Cuya finalidad radica en identificar a los embriones sanos, que no adolezcan de anomalías graves, para ser transferidos al útero de la mujer que los gestará.

¹³⁷⁶ HLA (Human leukocyte antigen).

¹³⁷⁷ El empleo de técnicas de reproducción asistida para selección de dichas características no médicas fuera de los casos expresamente permitidos por la Ley, se castiga con penas de prisión de hasta dos años y de multa de hasta 240 días (art. 37 LPMA).

¹³⁷⁸ RAPOSO, V.L., "La nueva ley portuguesa...", cit., pág. 8.

¹³⁷⁹ Doctrina conservadora 1ue considera que el niño tiene el derecho inalienable a beneficiarse de una estructura familiar biparental y que es bueno para su debido desarrollo integral que cuente con un padre y una madre. Lo que excluye que una mujer sola pueda beneficiarse de las técnicas de reproducción asistida y también la posibilidad de recurrir a las mismas a las parejas homosexuales. En COELHO, F.M.P., "Procriação assistida com...", cit., pág. 17.

¹³⁸⁰ Lei n.º 17/2016, de 20 de Junho, Alarga o Âmbito dos Beneficiários das Técnicas de Procriação Medicamente Assistida, procedendo à segunda alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de julho (procriação medicamente assistida). Diário da República, 1.ª serie. Núm. 116, de 20 de junho de 2016.

¹³⁸¹ A este respecto, el art. 2 de la Ley 17/2016 introduce una modificación en la redacción del párrafo 3º del art. 4 de la Ley 32/2006 que para VELA SANCHÉZ constituye "un gran fallo técnico jurídico", puesto que establece que, en lo sucesivo, "las técnicas de PMA pueden ser también empleadas por todas las mujeres independientemente de su diagnóstico de

civil u orientación sexual, pudiendo emplear dichas técnicas tanto mujeres de forma individual, como si desean acceder a la maternidad juntamente con su pareja, ya sea masculina como femenina.

Sin embargo, a día de hoy continúan estando vetadas para los hombres que deseen acceder a la paternidad de forma individual, así como a las parejas homosexuales masculinas, se hallen casadas o no, pese a que el matrimonio homosexual es legal en Portugal desde la aprobación de la Ley n.º 9/2010, de 31 de mayo, de matrimonio civil entre las personas del mismo sexo¹³⁸².

El segundo apartado del artículo 6 de la Ley 32/2006, establece que los beneficiarios de dichas técnicas deberán contar con, al menos, 18 años de edad y que no deberán encontrarse “incapacitados o inhabilitados por anomalías psíquicas”. Se fija, por tanto, un límite mínimo de edad, pero no un tope máximo, lo que podría suscitar críticas por el riesgo de que los niños nacidos de personas en edad muy avanzada se puedan quedar sin padres en un breve periodo de tiempo¹³⁸³.

En caso de que se llevasen a cabo técnicas de reproducción asistida en personas que no cumpliesen con estos requisitos, el artículo 35 de la ley permite imponer penas de entre 2 y 8 años de prisión.

Con respecto a los derechos de los beneficiarios de las técnicas, el artículo 12 establece que serán los siguientes: “a) no ser sometidos a técnicas que no ofrezcan probabilidades razonables de éxito o cuyo empleo pueda

infertilidad”, a cuyos efectos, no debemos olvidar que el legislador luso condiciona el recurso a dichas técnicas de reproducción asistida a aquellos supuestos en que concurra un diagnóstico de infertilidad, proceda para el tratamiento de una enfermedad grave o para evitar la transmisión de enfermedades genéticas o infecciosas, entre otras. En VELA SÁNCHEZ, A.J., “La gestación por sustitución se permite en Portugal. A propósito de la Ley Portuguesa n.º 25/2016, de 22 de agosto”. *Diario La Ley*, núm. 8868 (Sección Doctrina), 22 noviembre 2016. La Ley. Madrid, 2016.

¹³⁸² Hasta este momento, pese a la aprobación de la Lei n.º 9/2010, de 31 de Maio, Casamento Civil entre Pessoas do Mesmo Sexo (Diário da República, 1.ª serie. Núm. 105, de 31 de Maio de 2010), no se había introducido una modificación legal que permitiera recurrir a las TRA a las parejas homosexuales como pareja, tal y como afirmaba la sentencia del Tribunal Constitucional luso en la que no consideró que procediese declarar la inconstitucionalidad de la referida Ley 9/2010 (Tribunal Constitucional. Acórdão n.º 121/2010. Processo n.º 192/2010. Lisboa, 3 de Abril de 2010. Diário da República, 2.ª serie. Núm. 82, de 28 de Abril de 2010).

¹³⁸³ RAPOSO, V.L., “La nueva ley portuguesa...”, cit., pág. 8.

suponer riesgos significativos en la salud de la madre o del niño; b) ser asistidos en un ambiente médico idóneo, que disponga de todas las condiciones materiales y humanas requeridas para la correcta ejecución de la técnica aconsejable; c) ser correctamente informados sobre las probables implicaciones médicas, sociales y jurídicas de los tratamientos propuestos; d) conocer las razones que motiven el rechazo de TRA; y e) ser informados de las condiciones en que les sería posible recurrir a la adopción y de la relevancia social de esta institución.”¹³⁸⁴.

En contrapartida, los beneficiarios de dichas técnicas deberán cumplir con los siguientes deberes¹³⁸⁵: a) facilitar toda la información que les sea requerida por los facultativos médicos o que sea relevante para el correcto diagnóstico de su situación clínica y para lograr el éxito de la TRA a la que se vayan a someter; b) cumplir rigurosamente todas las prescripciones médicas, tanto durante la fase de diagnóstico, como durante las diferentes etapas del proceso de reproducción asistida; c) proporcionar información sobre la salud y desarrollo de los niños nacidos a partir de las TRA; y d) prestar su consentimiento libre, expreso y por escrito ante el médico responsable del proceso médico de reproducción asistida¹³⁸⁶.

Para que las personas que vayan a someterse a una TRA puedan prestar dicho consentimiento de forma adecuada, deberán ser informados previamente y por escrito¹³⁸⁷ de todos los beneficios y riesgos que se conozcan en relación con la técnica de que se trate, así como de sus implicaciones

¹³⁸⁴ “Artigo 12.º Direitos dos beneficiários. São direitos dos beneficiários: a) Não ser submetidos a técnicas que não ofereçam razoáveis probabilidades de êxito ou cuja utilização comporte riscos significativos para a saúde da mãe ou do filho; b) Ser assistidos em ambiente médico idóneo que disponha de todas as condições materiais e humanas requeridas para a correcta execução da técnica aconselhável; c) Ser correctamente informados sobre as implicações médicas, sociais e jurídicas prováveis dos tratamentos propostos; d) Conhecer as razões que motivem a recusa de técnicas de PMA; e) Ser informados das condições em que lhes seria possível recorrer à adopção e da relevância social deste instituto.”

¹³⁸⁵ Art. 13 y 14 LPMA.

¹³⁸⁶ Consentimiento que deberá prestarse, tanto por la mujer que vaya a ser sometida al proceso, como por su esposo o pareja, ya que sobre él recaerán las presunciones de paternidad establecidas en la LPMA. En RAPOSO, V.L. y PEREIRA, A.G.D., “Primeiras Notas sobre...”, cit., pág. 99.

¹³⁸⁷ El formulario que documente el consentimiento por escrito y la información proporcionada a los beneficiarios de las TRA, deberá ser aprobado previamente por el CNPMA, tal y como establece el art. 14.3 LPMA.

éticas, sociales y jurídicas.

El consentimiento podrá ser revocado libremente en cualquier momento, antes del inicio de los procesos terapéuticos de reproducción asistida.

La LPMA autoriza en su artículo 10 el recurso a donantes de espermatozoides, óvulos o embriones, cuando no sea posible alcanzar el embarazo o, aun siendo posible, cuando no se pudieran evitar dolencias genéticas graves en el feto derivadas del empleo de los gametos propios. Dichos donantes no podrán ser considerados en ningún caso como los progenitores del niño que nacerá¹³⁸⁸.

La donación de gametos será voluntaria¹³⁸⁹, gratuita¹³⁹⁰ y confidencial¹³⁹¹, no debiendo constar en el certificado de nacimiento ninguna mención a la misma, ni tan siquiera una referencia a que dicho menor nació como consecuencia de un tratamiento de reproducción asistida¹³⁹², información

¹³⁸⁸ Tal y como menciona la sentencia del Tribunal Constitucional portugués n.º 401/2011, de 22 de septiembre de 2011 (Tribunal Constitucional. Acórdão n.º 401/2011. Processo n.º 497/2010. Lisboa, 22 de Setembro de 2011. Diário da República, 2.ª serie. Núm. 211, de 3 de Novembro 2011), que establece que “en ciertos casos, la ley prohíbe el acceso a esta acción (la de filiación) para establecer la filiación biológica, consagrando verdaderas restricciones a los referidos derechos, como sucede en los casos de adopción..., y en los casos de reproducción médicamente asistida heteróloga, esto es, con recurso a gametos de donantes y a la donación de embriones (artículo 10.2 y 21 de la Ley 32/2006, de 26 de julio”. O la sentencia dictada por la sección 7ª del Tribunal Supremo portugués, de 15 de mayo de 2014, que establece que la Ley 32/2006, excluye la posibilidad de establecimiento de relaciones de filiación del niño que nacerá con respecto a los donantes de gametos (Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça. 7ª Secção. Processo n.º 3444/11.9TBTVD.L1.S1. Lisboa, 15 de Maio de 2014).

¹³⁸⁹ No pudiendo recogerse el material genético sin el consentimiento de su titular y mediante el uso de la fuerza, lo que se sanciona expresamente en 42 de la LPMA con penas de prisión de entre 1 y 8 años.

¹³⁹⁰ El artículo 18 prohíbe la compraventa de óvulos, semen, embriones o cualquier otro material biológico destinado a su aplicación en TRA. No obstante, la CNPMA propuso en el año 2010 un límite de 628 euros de compensación para las donantes de óvulos y de 42 euros para los donantes de esperma, diferencia en la cuantía económica que se justifica, tal y como indica el Juez EURICO REIS, en que “la recogida de ovocitos implica riesgos, es necesaria la estimulación ovárica y su extracción supone un acto quirúrgico”. En “Dadoras de óvulos recebem 628 euros”, Jornal Correio da manhã, 09/10/10. Disponible en: <<http://www.cmjornal.pt/sociedade/imprimir/dadoras-de-ovulos-recebem-628-euros>>. Última consulta: 15/04/2017.

¹³⁹¹ Pese a que autores como DIOGO LEITE DE CAMPOS consideran que la regla del anonimato del donante puede vulnerar el derecho de cada ser humano a conocer sus orígenes, así como su respectivo patrimonio genético. En CAMPOS, D.L.D., “A procriação medicamente assistida...”, cit., pág. 1028.

¹³⁹² RAPOSO, V.L., “La nueva ley portuguesa...”, cit., pág. 9.

que queda protegida por la Ley de protección de datos personales¹³⁹³.

Pese a la confidencialidad, el artículo 15.2 LPMA permite que los nacidos mediante TRA con recurso a donantes de gametos o de embriones, puedan obtener información genética acerca de las personas de las que procede el material genético que fue empleado para la fecundación, así como información sobre una eventual existencia de impedimentos matrimoniales¹³⁹⁴, manteniendo en cualquier caso la confidencialidad de la identidad del donante¹³⁹⁵.

En cuanto a la práctica de las TRA, la LPMA establece la obligación de que se lleven a cabo en los centros médicos especializados, públicos o privados, expresamente autorizados por el Ministro de Salud y de que sean aplicadas por personas cualificadas a dichos efectos, quienes deberán aconsejar a los beneficiarios sobre la técnica de reproducción asistida más adecuada para el supuesto concreto¹³⁹⁶.

Ello demuestra la preocupación del legislador portugués por que se lleve a cabo una buena práctica médica en la materia sin que se ponga en riesgo la vida o integridad física del paciente¹³⁹⁷.

Los aspectos correspondientes a los mencionados centros autorizados, personal cualificado que puede aplicar las TRA, así como a los registros de datos personales relativos a los beneficiarios de las técnicas, fueron objeto de desarrollo mediante el Decreto Reglamentario n.º 5/2008, de 11 de febrero¹³⁹⁸, el cual ha sido objeto de diversas modificaciones posteriores, entre otras¹³⁹⁹, la

¹³⁹³ Lei n.º67/1998 da Protecção de Dados Pessoais. Diário da República, 1.ª serie. Núm. 247, de 26 de Outubro de 1998.

¹³⁹⁴ Art. 15.3 LPMA.

¹³⁹⁵ Salvo que exista una razón de peso que haga necesario acceder a dicha identidad y que así se reconozca mediante sentencia judicial, tal y como resulta del art. 15.4 LPMA.

¹³⁹⁶ Art. 11 LPMA.

¹³⁹⁷ RAPOSO, V.L., "La nueva ley portuguesa...", cit., pág. 9.

¹³⁹⁸ Decreto Regulamentar n.º 5/2008, de 11 de Fevereiro. Diário da República, 1.ª serie. Núm. 29, de 11 de Fevereiro de 2008.

¹³⁹⁹ Las primeras modificaciones fueron efectuadas mediante el Decreto Regulamentar n.º 1/2010, de 26 de Abril (Diário da República, 1.ª serie. Núm. 80, de 26 de Abril de 2010), así como por el Decreto Regulamentar n.º 4/2013, de 11 de Junho (Diário da República, 1.ª serie. Núm. 111, de 11 de Junho de 2013).

operada por el Decreto Reglamentario n.º 6/2016¹⁴⁰⁰, que incorpora las modificaciones necesarias para ajustar dicho Decreto a los nuevos beneficiarios de las TRA añadidos por la Ley n.º 17/2016, de 20 de junio.

En este contexto, la Ley 32/2006 tuvo prevista en sus artículos 30 a 33 la creación¹⁴⁰¹ del Consejo Nacional de Reproducción Médicamente Asistida (CNPMA)¹⁴⁰², entre cuyas funciones radica la de pronunciarse sobre las cuestiones éticas, sociales y legales relacionadas con la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, optando la LPMA, de este modo, no por dotar de respuestas generales y abstractas a determinados comportamientos técnicamente posibles, en el sentido de permitirlos o prohibirlos con carácter genérico, sino por someterlos, caso por caso, a su valoración por parte de la CNPMA¹⁴⁰³.

Además, corresponde a la CNPMA actualizar la información científica sobre la reproducción médicamente asistida, establecer las condiciones en que deben ser autorizados los centros en que se apliquen dichas técnicas, supervisar la actividad de los mismos, dictar orientaciones con respecto al diagnóstico genético preimplantacional y centralizar toda la información relevante sobre la aplicación de las TRA y de los registros de donantes de gametos, entre otras funciones¹⁴⁰⁴.

El CNPMA se compone de nueve miembros, de los cuales, corresponde escoger a cinco por la Asamblea de la República y a los cuatro restantes por el Gobierno portugués, tal y como dispone el artículo 31.2 LPMA¹⁴⁰⁵.

¹⁴⁰⁰ Decreto Regulamentar n.º 6/2016, de 29 de Dezembro. Diário da República, 1.ª serie. Núm. 249, de 29 de Dezembro de 2016.

¹⁴⁰¹ Art. 30 LPMA.

¹⁴⁰² Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida (CNPMA), regulado en los arts. 30 a 33 de la Ley 32/2006.

¹⁴⁰³ PEREIRA, A.G.D., *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*. Coimbra Editora. Coimbra, 2015. Pág. 238-239.

¹⁴⁰⁴ Pueden consultarse todas las atribuciones que la Ley asigna especialmente a la CNPMA en los apartados a) al q), ambos inclusive, del art. 30 LPMA.

¹⁴⁰⁵ Composición que, tal y como apunta el profesor JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, debería estar encomendada principalmente a entidades independientes, como la Orden de los Médicos, Universidades o comisiones éticas, entre otras, y no hallarse especialmente “politizada”. En ASCENSÃO, J.D.O., “A Lei n.º 32/06, sobre Procriação Medicamente Assistida”, *Estudos de Direito da Bioética*, Vol. III. Almedina. Coimbra, 2009. Pág. 48.

Los distintos supuestos de incumplimiento prevenidos en la ley llevan aparejadas sus respectivas sanciones penales consistentes en penas de prisión o multa.

Así, si se produjese un incumplimiento por no disponer de la necesaria cualificación o por haber llevado a cabo el procedimiento sin conocimiento del médico responsable, serían de aplicación los tipos penales de los delitos contra la integridad física¹⁴⁰⁶ del Código Penal luso¹⁴⁰⁷, dependiendo de las lesiones producidas en el paciente, sin perjuicio de los restantes tipos penales que pudieran ser de aplicación. Pero si la técnica se llevara a cabo por un profesional habilitado, se estaría a lo dispuesto en el artículo 150¹⁴⁰⁸ del Código Penal, relativo a intervenciones y tratamientos médicos, que no considera ofensa contra la integridad física las intervenciones y los tratamientos médicos considerados adecuados que se hubieren llevado a cabo de conformidad con los conocimientos y estado actual de la experiencia médica.

Si se optase por aplicar las TRA fuera de los centros especializados expresamente autorizados en los términos de lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 32/2006, de 26 de julio, dicha conducta sería sancionada con penas de prisión de hasta 3 años, en base a lo dispuesto en el art. 34 de la Ley.

Además de la pena de prisión, si se llevasen a cabo dichas TRA fuera de los centros médicos autorizados, o si se aplicasen en beneficiarios no

¹⁴⁰⁶ Tipificados en los arts. 143 y siguientes del Código Penal, dentro del “CAPÍTULO III - Dos crimes contra a integridade física”, del “TÍTULO I - Dos crimes contra as pessoas”, de la Parte especial.

¹⁴⁰⁷ Código Penal português. Aprobado por el Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março. Diário da República, 1.ª serie-A. Núm. 63, de 11 de Março de 1995.

¹⁴⁰⁸ “Artigo 150.º Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos. 1 - As intervenções e os tratamentos que, segundo o estado dos conhecimentos e da experiência da medicina, se mostrarem indicados e forem levados a cabo, de acordo com as leyes artis, por um médico ou por outra pessoa legalmente autorizada, com intenção de prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar doença, sofrimento, lesão ou fadiga corporal, ou perturbação mental, não se consideram ofensa à integridade física. 2 - As pessoas indicadas no número anterior que, em vista das finalidades nele apontadas, realizarem intervenções ou tratamentos violando as leyes artis e criarem, desse modo, um perigo para a vida ou perigo de grave ofensa para o corpo ou para a saúde são punidas com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias, se pena mais grave lhes não couber por força de outra disposição legal.”.

autorizados por la ley¹⁴⁰⁹, o si no constare el consentimiento expreso, libre y por escrito de alguno de dichos beneficiarios, podrían recaer en los infractores sanciones administrativas de carácter pecuniario contempladas en el artículo 44 de la ley, que oscilan entre los 10.000 y los 500.000 euros¹⁴¹⁰

El artículo 45 de la LPMA también prevé la posibilidad de imponer sanciones accesorias consistentes en la inhabilitación temporal para ejercer la actividad o profesión, el cierre temporal del establecimiento, o la privación del derecho a acceder a subsidios, subvenciones o incentivos ofrecidos por entidades o servicios públicos, entre otros.

13.3. La nulidad inicial de la “maternidad de sustitución”.

Por lo que respecta a la gestación por sustitución, el artículo 8 de la Ley 32/2006, de 26 de junio, establecía en su apartado primero la nulidad de pleno derecho¹⁴¹¹ de los negocios jurídicos, tanto de carácter oneroso como gratuito, que tuvieran por objeto la figura que nos ocupa, a la que denominó como “maternidad de sustitución”.

A dichos efectos, en su segundo apartado la definió como “cualquier situación en que una mujer se dispusiera a soportar un embarazo por cuenta de otros y a entregar al niño después del parto, renunciando a los derechos y deberes propios de la maternidad”¹⁴¹².

Y mantuvo, en su tercer y último apartado, la tradicional regla del Derecho civil portugués de que, a todos los efectos legales, madre es la mujer

¹⁴⁰⁹ Que no estén adolecidos por la infertilidad o no concurren condiciones médicas que así lo aconsejen; no se trate de parejas heterosexuales, homosexuales femeninas o mujeres solas; o se trate de personas menores de 18 años de edad o que cuenten con anomalías psíquicas.

¹⁴¹⁰ Serán de aplicación sanciones pecuniarias de entre 10.000 y 50.000 euros en el caso de encontrarnos ante personas físicas, o de hasta 500.000 euros para las personas jurídicas, que podrán reducirse a la mitad en supuestos de negligencia punible.

¹⁴¹¹ “Artigo 8.º Maternidade de substituição. 1 – São nulos os negócios jurídicos, gratuitos ou onerosos, de maternidade de substituição.”

¹⁴¹² “Artigo 8.º Maternidade de substituição. ...2 – Entende-se por «maternidade de substituição» qualquer situação em que uma mulher se disponha a suportar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o parto, renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade.”

que da a luz¹⁴¹³. Por ello, en caso de que se hubiese llevado a cabo en dicho momento algún acuerdo de gestación subrogada en Portugal, la maternidad hubiese quedado determinada en cualquier caso a favor de la gestante subrogada¹⁴¹⁴, independientemente de la procedencia de los gametos para la fecundación.

Pese a todo ello, no se criminalizaba una mera participación en los acuerdos de gestación subrogada¹⁴¹⁵, sino que el artículo 39 de la ley tan solo preveía penas de prisión de hasta 2 años o de multa de hasta 240 días para aquellas personas que celebrasen o promoviesen, por cualquier medio, contratos de gestación por sustitución en su modalidad onerosa. No obstante, llevar a cabo un contrato de gestación subrogada gratuito, pese a no hallarse sancionado expresamente, podía acarrear innumerables problemas dado que, la nulidad del contrato y el modo de determinar la maternidad en base al tenor literal de la ley, hubiese hecho muy difícil hacer valer los derechos de las respectivas partes intervinientes en el contrato ante los órganos jurisdiccionales competentes ante un posible caso de incumplimiento de alguna de ellas.

13.4. La sentencia n.º 101/2009¹⁴¹⁶, del Tribunal Constitucional portugués.

La Ley 32/2006, de 26 de julio, sobre reproducción médicamente asistida fue objeto de un recurso de inconstitucionalidad, interpuesto ante el Tribunal Constitucional luso por un grupo de treinta diputados de la Asamblea de la República, en el que se alegaban tanto motivos formales como de fondo.

Dicho recurso, dio lugar a la sentencia plenaria n.º 101/2009, de 3 de marzo de 2009, en el procedimiento n.º 963/06.

¹⁴¹³ RAPOSO, V.L., “La nueva ley portuguesa...”, cit., pág. 11.

¹⁴¹⁴ “Artigo 8.º Maternidade de substituição. ...3 – A mulher que suportar uma gravidez de substituição de outrem é havida, para todos os efeitos legais, como a mãe da criança que vier a nascer.”

¹⁴¹⁵ RAPOSO, V.L., “La nueva ley...”, cit., pág. 11.

¹⁴¹⁶ Tribunal Constitucional. Acórdão n.º 101/2009. Processo n.º 963/06. Lisboa, 3 de Março de 2009. Diário da República, 2.ª serie. Núm. 64, de 1 de Abril de 2009.

Las cuestiones de forma en que se basaba el recurso radicaban, en primer lugar, en que la Asamblea procedió a la votación final de la ley, sin tener en cuenta una iniciativa popular por la que se solicitaba someter a un referéndum público el contenido de la misma. Y, en segundo lugar, aseguraban los recurrentes que se habían incumplido los plazos previstos en los artículos 166 y 167 del Reglamento de la Asamblea de la República, al considerar que el texto aprobado por la Cámara se envió al Presidente de la República para su promulgación, sin dejar transcurrir el plazo de que disponen los Diputados para interponer reclamaciones sobre el texto final.

Ninguna de dichas cuestiones fue estimada por parte del Tribunal.

Por otra parte, se alegaba inconstitucionalidad de fondo o material de muchos de los preceptos normativos de la LPMA por violar, no solo lo dispuesto en diversos artículos de la Constitución portuguesa (como, entre otros, los artículos 25¹⁴¹⁷, 26¹⁴¹⁸, 36¹⁴¹⁹, 64¹⁴²⁰, 67¹⁴²¹, 68¹⁴²² o 69¹⁴²³), sino también, la Declaración Universal de los Derechos Humanos¹⁴²⁴, el Convenio relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina¹⁴²⁵, así como el Protocolo Adicional a este último por el que se prohíbe la clonación de seres humanos¹⁴²⁶ y, por último, la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los

¹⁴¹⁷ Derecho a la integridad personal.

¹⁴¹⁸ Que regula “otros derechos personales”, como, entre otros, el derecho a la identidad personal y al libre desarrollo de la personalidad, a la capacidad civil, la ciudadanía, el buen nombre y la reputación, o a la dignidad personal e identidad genética del ser humano.

¹⁴¹⁹ Artículo relativo a la familia, el matrimonio y la filiación y que incluye, no solo el derecho a reproducirse, sino también el derecho al conocimiento y reconocimiento de la paternidad y de la maternidad, tal y como afirman MIRANDA, J. y MEDEIROS, R., *Constituição Portuguesa Anotada*. Tomo I. 2ª edição. Coimbra Editora. Coimbra, 2010. Pág. 399.

¹⁴²⁰ Artículo 64 que establece el derecho a la salud.

¹⁴²¹ Relativo a la protección social de la familia.

¹⁴²² Sobre la paternidad y la maternidad.

¹⁴²³ Relativo a la infancia.

¹⁴²⁴ Declaración Universal de los Derechos del Hombre, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948, mediante su Resolución 217 A (III).

¹⁴²⁵ 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 (Convenio relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina), hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997.

¹⁴²⁶ Protocolo Adicional al 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, por el que se prohíbe la clonación de seres humanos, hecho en París el 12 de enero de 1998.

Derechos Humanos¹⁴²⁷.

El Tribunal Constitucional desestimó la inconstitucionalidad de todas y cada una de las cuestiones de fondo¹⁴²⁸ en los términos que resultan de los fundamentos de derecho de la sentencia, de entre los que destacaremos por interesar especialmente al objeto de nuestro estudio, los aspectos relativos a la edad máxima de acceso a las TRA y el hecho de que no sancionar penalmente de forma expresa la gestación por sustitución gratuita.

En primer lugar, con respecto a una posible inconstitucionalidad por el hecho de no venir determinada en la LPMA una edad máxima de acceso a las TRA, lo que podría permitir recurrir a dichas técnicas a mujeres en edad avanzada que ya hubieran sobrepasado su propia edad fértil¹⁴²⁹, tal y como alegaban los promotores del recurso, el Tribunal consideró que los profesionales que deben emplear las TRA, deben motivar su decisión y ponderar las probabilidades de éxito y los riesgos que pudieran existir para la salud de la madre y del niño, debiendo tener en cuenta también el carácter subsidiario de las mismas, por lo que realizando una interpretación sistemática de la norma, no puede considerarse que no indicar un límite máximo de edad ofenda los valores constitucionalmente tutelados¹⁴³⁰.

En segundo lugar, en relación al hecho de que no sancionar la gestación por sustitución en su modalidad gratuita, pudiera suponer una admisión tácita de la misma y, por tanto, la procedencia de establecer la inconstitucionalidad de dicho precepto de la norma, el Tribunal dictaminó que no puede alegarse

¹⁴²⁷ Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 11 de noviembre de 1997, mediante su Resolución 53/152, del 9 de diciembre de 1998.

¹⁴²⁸ Como la cuestión relativa al conocimiento de la identidad de los donantes, la admisibilidad de la procreación heteróloga, o los aspectos relativos al diagnóstico genético preimplantacional, entre otros.

¹⁴²⁹ Lo cual podría atentar, a criterio de los recurrentes, contra el deber de protección de la familia en los términos que resultan de la Constitución portuguesa, en relación con los derechos a la dignidad humana y a la integridad física, así como a los derechos al desarrollo de la personalidad, la salud y la protección de la maternidad, entre otros.

¹⁴³⁰ Además, establece el Tribunal que la tendencia social se dirige hacia acceder a la maternidad a edades cada vez más tardías, que junto con la evolución de la biomedicina en la aplicación de TRA, puede provocar un aumento progresivo de la edad máxima en la que estas pueden ser empleadas, permitiendo que se beneficien de la reproducción asistida mujeres que en situaciones normales de edad, no estarían en condiciones de procrear.

una inconstitucionalidad por omisión, puesto que el legislador no tiene la obligación de criminalizar penalmente una conducta determinada¹⁴³¹.

Asimismo, consideró el órgano jurisdiccional que no fijar una sanción penal expresa para la gestación subrogada gratuita, no implica permisividad ante ella, puesto que la norma era clara al prohibir la celebración de todos los negocios jurídicos de maternidad subrogada, independientemente de su carácter oneroso o gratuito, calificándolos como nulos y considerando, además, como madre del niño nacido a la mujer gestante a todos los efectos legales, lo que supone negar a dicha práctica cualquier efecto jurídico para el caso de que igualmente se llevase a cabo.

Sin embargo, dicha modalidad gratuita de la gestación por sustitución tiende a ser vista como menos censurable al apreciarse un carácter altruista y solidario de la gestante con respecto a la mujer infértil y por no poderse considerar que se produce una vulneración de la dignidad de la gestante.

13.5. La legalización de la gestación por sustitución con la Ley 25/2016, de 22 de agosto¹⁴³².

En el mes de mayo de 2016, tras debatirse la redacción de diversos proyectos de ley¹⁴³³ presentados por diferentes grupos parlamentarios, la Asamblea de la República de Portugal aprobó el Decreto n.º 27/XIII, de Regulación del Acceso a la Gestación por Sustitución¹⁴³⁴, que pretendía introducir las modificaciones pertinentes en la Ley 32/2006 para permitir la celebración de negocios jurídicos de gestación subrogada, a título excepcional

¹⁴³¹ Gozando el legislador de un margen de discrecionalidad para seleccionar los medios de tutela más adecuados de los bienes jurídicos objeto de protección y no existiendo imposiciones jurídico-constitucionales explícitas de criminalización. En FIGUEREIDO DIAS, J., *Direito Penal. Parte Geral*. Tomo I. 2ª edição. Coimbra Editora. Coimbra, 2012. Pág. 129.

¹⁴³² Lei n.º 25/2016, de 22 de Agosto, Regula o acesso à gestação de substituição, procedendo à terceira alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de julho (procriação medicamente assistida). Diário da República, 1.ª série. Núm. 160, de 22 de agosto de 2016.

¹⁴³³ Projetos de Lei n.º 6/XIII (Partido Socialista), n.º. 29/XIII (PAN), n.º. 36/XIII y 183/XIII (Bloco de Esquerda) y 51/XIII (Partido Ecologistas Os Verdes) em matéria de Procriação Medicamente Assistida (PMA), em matéria de Gestação de Substituição (GDS), todos ellos del año 2016.

¹⁴³⁴ Decreto n.º 27/XIII, Regula o acesso à gestação de substituição, procedendo à terceira alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de julho (procriação medicamente assistida).

y con carácter gratuito¹⁴³⁵, siempre que concurriese en la madre intencional la ausencia de útero, lesión o enfermedad en dicho órgano, que le imposibilitasen de forma absoluta y definitiva el embarazo, o bien en situaciones médicas que así fuera aconsejado.

Sin embargo, cuando dicho Decreto n.º 27/XIII llegó al Presidente de la República, Don Marcelo Rebelo de Sousa, éste ejerció el derecho de veto que le concede el artículo 136.1 de la Constitución portuguesa, al entender que el texto legal no tenía en cuenta las recomendaciones efectuadas por el Consejo Nacional de Ética para las Ciencias de la Vida (CNECV)¹⁴³⁶ en los Informes n.º 63/CNECV/2012, de 26 de marzo de 2012¹⁴³⁷, y n.º 87/CNECV/2016, de 11 de marzo de 2016¹⁴³⁸, por estimar la existencia de importantes lagunas legales que podrían afectar a la salvaguarda de los derechos del niño y de la gestante, y por considerar que la nueva norma no contenía un marco legal apropiado del contrato de gestación, debiéndose asegurar el derecho de información tanto a pareja receptora como a la gestante, concretarse los términos de la revocación del consentimiento y sus consecuencias, establecerse previsiones contractuales para el caso de eventuales complicaciones del embarazo, entre otros.

Así, el Presidente de la República, mediante resolución motivada, solicitó que la Asamblea efectuase una nueva revisión del texto legislativo propuesto, lo modificase, en su caso, y lo sometiese nuevamente a votación. Dicha

¹⁴³⁵ A este respecto, la redacción del art. 8.5 del Decreto n.º 27/XIII prohíbe todo tipo de pago o donación a la gestante de cualesquiera bienes o cantidades por parte de los padres de intención, salvo los gastos médicos derivados del procedimiento, incluido el transporte. El art. 39 preveía en caso de gestación por sustitución a título oneroso, penas de prisión y/o de multa para la gestante, para los padres de intención y para los intermediarios o promotores de dichos contratos, tanto en caso de tentativa, como en caso de que el contrato efectivamente se llegara a otorgar.

¹⁴³⁶ Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (CNECV). <http://www.cnecv.pt/>. Última consulta: 14/07/2016.

¹⁴³⁷ Parecer n.º 63 do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (63/CNECV/2012). Disponible en: <<http://www.cnecv.pt/admin/files/data/docs/1333387220-parecer-63-cnecv-2012-apr.pdf>>. Última consulta: 13/07/2016.

¹⁴³⁸ Relatório e Parecer sobre os Projetos de Lei n.º 6/XIII (1.ª) PS, 29/XIII (1.ª) PAN, 36/XIII (1.ª) BE e 51/XIII (1.ª) PEV em matéria de Procriação Medicamente Assistida (PMA) e 36/XIII (1.ª) BE em matéria de Gestação de Substituição (GDS) (87/CNECV/2016). Disponible en: <http://www.cnecv.pt/admin/files/data/docs/1461943756_P%20CNECV%2087_2016_PMA%20GDS.pdf>. Última consulta: 14/07/2016.

revisión fue efectuada y aprobada nuevamente por mayoría absoluta de los Diputados de la cámara, aunque manteniéndose diversos defectos formales y carencias¹⁴³⁹. Sin embargo, el Presidente portugués no pudo denegar nuevamente su promulgación¹⁴⁴⁰, dando lugar a la Ley 25/2016, de 22 de agosto, que regula el acceso a la gestación de sustitución, procediendo a la tercera alteración de la Ley 32/2006, de 26 de julio, de procreación médicamente asistida, que ha convertido en legal la figura de la subrogación en el país luso desde el mes de agosto del año 2016.

La nueva Ley 25/2016, de 22 de agosto, establece en su artículo primero que su objeto consiste en regular el acceso a la gestación por sustitución “en los casos de ausencia de útero, de lesión o de dolencia de este órgano que impida de forma absoluta y definitiva el embarazo”, permitiéndose también cuando, sin concurrir dichas circunstancias en la madre intencional, existan otras condiciones clínicas que justifiquen llevarla a cabo¹⁴⁴¹.

Sin embargo, pese a quedar clara la intención del legislador portugués de introducir en la norma la “ineludible exigencia de la imposibilidad de quedar embarazada por parte de la mujer -o pareja de mujeres- interesada, o de grave peligro para la madre o el hijo por el embarazo”¹⁴⁴², no podemos olvidar que la Ley 17/2016 ha ampliado el ámbito de acceso a las técnicas de reproducción asistida -entre las que se encuentra la subrogación- a todas las mujeres, “independientemente de su diagnóstico de infertilidad”¹⁴⁴³.

Es sorprendente el hecho de que la subrogación continúe vetada a los

¹⁴³⁹ ALMEIDA, F. y PEREIRA, A.G.D., “Barrigas de alquiler: uma precipitação legislativa”. *Revista público*. 6 agosto 2016. En <<https://www.publico.pt/2016/08/06/sociedade/noticia/barrigas-de-aluguer-uma-precipitacao-legislativa-1740474>>. Última consulta: 06/03/2017.

¹⁴⁴⁰ Tal y como resulta de lo dispuesto en el artículo 136.2 de la Constitución portuguesa “Se a Assembleia da República confirmar o voto por maioria absoluta dos Deputados em efectividade de funções, o Presidente da República deverá promulgar o diploma no prazo de oito dias a contar da sua recepção”.

¹⁴⁴¹ Tal y como se dispone con la nueva redacción del art. 8.2 LPMA.

¹⁴⁴² VELA SÁNCHEZ, A.J., “La gestación por sustitución se permite en Portugal. A propósito de la Ley Portuguesa n.º 25/2016, de 22 de agosto”. *Diario La Ley*, núm. 8868 (Sección Doctrina), 22 noviembre 2016. La Ley. Madrid, 2016. Pág. 4.

¹⁴⁴³ Tal y como resulta de la nueva redacción del art. 4.3 LPMA, introducida por la Ley n.º 17/2016, de 20 de junio.

hombres que deseen acceder de forma individual a la paternidad, así como a las parejas homosexuales masculinas, ya que tiene sentido que no les esté permitido el recurso a ciertas TRA, dada la incapacidad natural de los hombres gestar a un niño por sí mismos¹⁴⁴⁴, pero no debería suponer tanto problema que pudieran recurrir a la gestación por sustitución, al igual que se permite a las mujeres, independientemente de su estado civil u orientación sexual. Y más cuando la Ley n.º 9/2010, de 31 de mayo, de matrimonio civil entre las personas del mismo sexo equiparó, desde el punto de vista jurídico, a las parejas heterosexuales con las parejas homosexuales, reconociéndoles, entre otros, el derecho a adoptar. Adopción que también se permite con respecto a los hombres solteros en base al artículo 1979.2 del Código Civil portugués.

Por otra parte, es necesario resaltar que la norma portuguesa no limita el empleo de los convenios de gestación subrogada a los nacionales de Portugal, sino que, en principio, cualquier persona residente o nacional de cualquier país del mundo podrá recurrir a esta práctica en el país luso, salvo que reglamentariamente se establezca alguna limitación en este sentido. Esta falta de limitación en el acceso a la subrogación a los nacionales portugueses puede suponer, a criterio de parte de la doctrina, un gran riesgo de que se produzca un efecto llamada con respecto a posibles interesados de otros países¹⁴⁴⁵.

La norma introduce la modificación en la redacción de diversos artículos¹⁴⁴⁶ de la LPMA para ajustarlos a la aprobación de la figura que nos ocupa, especialmente, el tenor literal de los artículos 8 y 39 que contienen específicamente los parámetros aplicables a la gestación por sustitución.

Se define a la “*gestação de substituição*” como “cualquier situación en que la mujer se disponga a soportar un embarazo por cuenta de otros y a

¹⁴⁴⁴ RAPOSO, V.L., “Em nome do Pai (...da Mãe, dos dois Pais, e das duas Mães). Análise do art. 6.º da Lei n.º 32/2006”. *Lex Medicinæ, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*. Ano 4, Núm. 7. Coimbra Editora. Coimbra, 2007. Pág. 40.

¹⁴⁴⁵ VELA SÁNCHEZ, A.J., “La gestación por sustitución se permite...”, cit., pág. 9. ALMEIDA, F. y PEREIRA, A.G.D., “Barrigas de aluguer...”, cit. En <<https://www.publico.pt/2016/08/06/sociedade/noticia/barrigas-de-aluguer-uma-precipitacao-legislativa-1740474>>. Última consulta: 06/03/2017.

¹⁴⁴⁶ Se modifica por completo la redacción de los art. 8 y 39 LPMA, y se prevén alteraciones puntuales del contenido de los art. 2, 3 5, 14, 15, 16, 30, 34 y 44 LPMA.

entregar al niño después del parto, renunciando a las facultades y deberes propios de la maternidad”¹⁴⁴⁷.

Se advierte expresamente de que solo se admiten los negocios jurídicos de gestación subrogada de forma excepcional y que tengan carácter gratuito (art. 8.2 LPMA), prohibiéndose expresamente que los beneficiarios efectúen cualquier tipo de pago o donación de bienes o cuantía económica a favor de la gestante a cambio los servicios prestados¹⁴⁴⁸, salvo la compensación que pudieran efectuar por el valor de los gastos necesarios derivados de la asistencia sanitaria que hubiera recibido o los gastos de transporte, siempre que puedan ser acreditados documentalmente (art. 8.5 LPMA).

Para tratar de evitar que se abonen cuantías económicas derivadas de los acuerdos de gestación por sustitución, la Ley veta la suscripción de dichos convenios cuando exista una relación de subordinación económica entre los intervinientes, tanto si lo es por motivos laborales como de prestación de servicios (art. 8.6 LPMA).

En caso de que, pese a la prohibición establecida, se llevaran a cabo igualmente acuerdos de subrogación de tipo oneroso, la nueva redacción del artículo 39 LPMA prevé duras penas para las partes intervinientes en estos negocios jurídicos, incluso para el grado de tentativa (art. 39.7 LPMA), que van desde penas de multa de hasta 240 días previstas para la gestante (art. 39.2), penas de multa de hasta 240 días o de prisión de hasta 2 años para los padres intencionales (art. 39.1), y con penas de prisión de hasta 5 años para quienes pudieran obtener cualquier tipo de beneficio económico derivado de la suscripción de acuerdos de subrogación, en especial, a través de invitación

¹⁴⁴⁷ Art. 8.1 LPMA “entende-se por 'gestação de substituição' qualquer situação em que a mulher se disponha a suportar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o parto, renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade”.

¹⁴⁴⁸ Acuerdo de pago que se traduciría, en caso de que existiese, en una degradación de la dignidad humana de la gestante y del niño, lo que supondría una violación del orden público portugués. En DE OLIVEIRA, G., “Mães “hospedeiras”. Tópicos para uma intervenção”. *Procriação Assistida. Coloquio Interdisciplinar (12-13 de Dezembro de 1991)*. Publicações do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Núm. 2. Coimbra, 1993. Pág. 69.

directa, por persona interpuesta o mediante anuncio público (art. 39.6)¹⁴⁴⁹.

Pese al carácter esencialmente gratuito con el que la legislación portuguesa dota a dichos acuerdos de subrogación, VELA SÁNCHEZ¹⁴⁵⁰ opina que debería permitirse la posibilidad de abonar una “indemnización adecuada” o “retribución razonable”¹⁴⁵¹ por los padres intencionales a la gestante “para el buen fin del acuerdo gestacional”. A su criterio, la existencia de dicha contraprestación “moderada” favorecería la existencia de mujeres interesadas en la formalización de este tipo de convenios pero sin convertir los convenios de gestación subrogada en “una profesión o en un medio de las mujeres para obtener ingresos permanentemente”, “profesionalización” que podría evitarse, según dicho autor, mediante una expresa limitación en la Ley reguladora de esta materia con respecto al número máximo de veces en que una misma gestante podrá celebrar acuerdos de este tipo, pudiéndose fijar, por ejemplo, en una o dos veces como máximo¹⁴⁵².

El tenor literal del texto legislativo exige que los acuerdos de subrogación consten siempre por escrito y que sean firmados por las partes. En ellos, deberán figurar disposiciones relativas a cómo se procederá en caso de detectar malformaciones o enfermedades en el feto, así como en el supuesto de una eventual interrupción voluntaria del embarazo, todo ello siempre conforme a lo permitido por la legislación portuguesa vigente en el momento de la suscripción del acuerdo¹⁴⁵³.

Asimismo, el contrato no podrá contener restricciones al comportamiento a la gestante, ni imponerle normas que pudieran atentar contra sus derechos, libertad y/o dignidad, en especial, contener disposiciones que puedan obligarle

¹⁴⁴⁹ Estando previstas en el art. 39 LPMA otras penas más leves para quienes suscriban contratos fuera de los casos permitidos por la Ley, pero a título gratuito, que van desde la pena de multa de hasta 120 días para la gestante subrogada (art. 39.4), penas de multa de hasta 120 días o de prisión de hasta 1 año para los progenitores intencionales (art. 39.3), y prisión de hasta 2 años para las mencionadas personas que promuevan u obtengan beneficios económicos derivados de acuerdos de subrogación (art. 39.5).

¹⁴⁵⁰ VELA SÁNCHEZ, A.J., “La gestación por sustitución se permite...”, cit. Pág. 5.

¹⁴⁵¹ Tal y como establece la *Surrogacy Arrangements Act* 1985 de Reino Unido.

¹⁴⁵² VELA SÁNCHEZ, A.J., “La gestación por sustitución se permite...”, cit. Pág. 6.

¹⁴⁵³ Art. 8.4 y 8.10 LPMA.

a adoptar decisiones sobre cualquier incidencia en la gestación a nivel fetal o maternal (art. 8.11 LPMA).

En relación con los derechos y deberes de las partes contratantes en la gestación por sustitución, a parte de los ya mencionados, los apartados 8 y 9 del artículo 8 LPMA se remiten expresamente a los que resultan de los artículos 12 a 14 LPMA que son de aplicación con carácter general a todos los beneficiarios de técnicas de reproducción asistida, pero con las debidas adaptaciones a la figura que nos ocupa.

Así, existen derechos comunes a todas las partes intervinientes en el proceso, es decir, tanto a los progenitores intencionales como a la gestante, entre los que mencionaremos, en primer lugar, el de los participantes en el proceso a ver respetada la confidencialidad sobre su identidad y sobre las propias técnicas empleadas en el mismo¹⁴⁵⁴. Y en segundo lugar, la obligación de las partes de prestar su consentimiento libre, informado, expreso y por escrito ante el médico responsable (art. 14.1 LPMA), tras haber recibido una información precisa y suficiente sobre todos los beneficios y riesgos conocidos que resulten del empleo o rechazo de la técnica de reproducción asistida de que se trate -en nuestro caso, la gestación por sustitución-, incluidas sus implicaciones médicas, éticas, sociales y jurídicas, tal y como así resulta de lo dispuesto en los artículos 12.c) y 14.2 LPMA. Dicha información que recibirán los beneficiarios deberá resultar de un documento cuyo contenido haya sido aprobado por el CNPMA. Asimismo, dicho consentimiento informado será revocable libremente por los beneficiarios antes del inicio de los procesos terapéuticos de reproducción asistida.

También existen deberes comunes que afectan tanto a los progenitores intencionales como a la gestante. Así, el artículo 13 LPMA establece la obligación de todos ellos de facilitar al equipo médico toda la información que se les solicite expresamente o que pudiera considerarse relevante para el

¹⁴⁵⁴ Debiendo tener en cuenta que, con respecto a los donantes de gametos, el artículo 15 LPMA permite acceder a información de naturaleza genética o, incluso a su identidad, bajo determinadas circunstancias.

correcto diagnóstico de la situación clínica y para el éxito de la técnica que se vaya a emplear. Asimismo, tanto durante la fase de diagnóstico, como durante las diferentes etapas del proceso de reproducción asistida, deberán observar con rigurosidad todas las prescripciones que efectúe el equipo médico y facilitar datos relativos a la salud y desarrollo psicomotriz de los niños nacidos con recurso a estas técnicas para, con ello, poder evaluar adecuadamente los resultados médico-sanitarios y psicológicos de éste tipo de procesos de reproducción asistida.

Llama la atención el tenor literal del apartado e) del artículo 12 LPMA, que establece el derecho de los beneficiarios a “ser informados sobre las condiciones en que les sería posible recurrir a la adopción y de la relevancia social de dicha institución”. El contenido de este apartado puede fundamentarse en el carácter subsidiario y alternativo de procreación de que gozan las técnicas de reproducción asistida para el legislador portugués, por lo que se considera necesario informar a los padres intencionales sobre la posibilidad de adoptar a un menor en lugar de someterse a tratamientos médicos que ayuden a alcanzar un embarazo y más, en el caso de decidirse por la gestación por sustitución.

En cuanto a lo dispuesto en el apartado a) del artículo 12 LPMA se reconoce el derecho de los beneficiarios, en este caso, especialmente de la gestante, a no verse sometidos a técnicas que no ofrezcan posibilidades razonables de éxito o cuya utilización pueda suponer riesgos a la gestante o al niño que portará en su vientre (art. 12.a LPMA), así como el derecho a ser asistida en un ambiente médico idóneo que disponga de todas las condiciones materiales y humanas necesarias para la correcta ejecución de la técnica a emplear.

Además, se deberá contar con una autorización previa del *Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida*¹⁴⁵⁵, entidad que también supervisará todo el proceso tras haber dado audiencia a la *Orden dos Medicos*

¹⁴⁵⁵ Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida (CNPMA). <http://www.cnpma.org.pt/>. Última consulta: 14/07/2016.

para escuchar su opinión. Dicho organismo, tan solo autorizará el proceso de gestación por sustitución en caso de que se lleve a cabo a partir de técnicas de reproducción asistida, con gametos de al menos uno de los padres intencionales¹⁴⁵⁶, y con la condición de que la gestante subrogada no sea quien aporte, bajo ningún concepto, sus propios ovocitos para la fecundación (art. 8.3 LPMA).

Con esta prohibición expresa de recurrir a la modalidad “tradicional” de la subrogación, se pretende minimizar el nacimiento de vínculos emocionales entre la gestante y el niño que porta en su vientre y, con ello, evitar en la medida de lo posible futuras reclamaciones de maternidad por parte de aquella¹⁴⁵⁷.

En este sentido, el niño que nacerá como consecuencia del recurso a la técnica de la subrogación, será tenido como hijo de los respectivos beneficiarios (art. 8.7 LPMA), teniendo la consideración de nulos todos aquellos negocios jurídicos de gestación subrogada, tanto si son gratuitos como si son onerosos, que no respeten todos los requisitos que hemos mencionado anteriormente.

Pese a la aprobación de la Ley 25/2016, de 22 de agosto, que ha supuesto la legalización de la gestación por sustitución en Portugal, ello no ha conllevado una modificación de los artículos 1796 y siguientes del Código Civil luso que den cabida a nuevas figuras de filiación que amparen los supuestos derivados de dicha técnica de reproducción asistida.

El artículo 1796.1 del Código Civil portugués sigue disponiendo que “con respecto a la madre, la filiación resulta del hecho del nacimiento y se establece

¹⁴⁵⁶ A opinión de VELA SÁNCHEZ, que la norma establezca la obligación de que al menos uno de los progenitores intencionales deba aportar su propio material reproductor para la fecundación, debería ser una opción, no una obligación, ya que considera “respetable también - por ejemplo en las parejas homosexuales-, que no se quiera que uno solo de los componentes sea progenitor biológico y el otro no, por lo que no habría razón jurídica para obligarles”. En VELA SÁNCHEZ, A.J., “La gestación por sustitución se permite...”, cit. Pág. 5.

¹⁴⁵⁷ Según VELA SÁNCHEZ, con dicha “prohibición tajante se logra la inexistencia de vínculo jurídico de filiación con el niño así nacido, lo que impedirá que aquella pueda ser considerada madre *ab initio* por el solo hecho del parto, por lo que se acaba, por fin, con el viejo principio romano de *mater semper certa est*”. *Ibíd.*, pág. 5.

en los términos de los artículos 1803 a 1825¹⁴⁵⁸, permitiéndose conforme al artículo 1807 de dicho texto legal ejercer una acción judicial de impugnación de la maternidad en cualquier momento por parte de la mujer que conste declarada como tal, por el hijo, por cualquier persona que pudiera tener un interés moral o patrimonial en la acción o, finalmente, por el Ministerio Fiscal.

Con respecto al padre, los artículos 1796.2 y 1826 del Código Civil establecen una presunción de paternidad a favor del esposo de la madre, salvo que la esposa manifieste lo contrario en el momento del nacimiento¹⁴⁵⁹. Para los casos de filiación fuera del matrimonio, la paternidad se determinará por reconocimiento. Finalmente, los artículos 1838 y siguientes del repetido texto legal, prevén la posibilidad de impugnar la paternidad en los términos que resultan de los artículos 1838 y siguientes del Código Civil portugués, a cuyo contenido nos remitimos expresamente¹⁴⁶⁰.

Será posible ejercitar una acción judicial de impugnación de la maternidad, en base a lo dispuesto en el artículo 1807 del Código Civil luso, llevada a cabo en cualquier momento por parte de la mujer que conste declarada como tal, o bien por el hijo, o por cualquier persona que pudiera tener un interés moral o patrimonial en la acción o, finalmente, por el Ministerio Fiscal. También será posible llevar a cabo dicha impugnación con respecto a la paternidad, en los términos que resultan de los artículos 1838 y siguientes del Código Civil portugués.

Pese a la legalización de la figura de la gestación por sustitución en Portugal con la aprobación de la Ley 25/2016, de 22 de agosto, es necesario tener en cuenta que su artículo 3 introducía una previsión dirigida al Gobierno

¹⁴⁵⁸ “Artigo 1796.º (Estabelecimento da filiação). 1. Relativamente à mãe, a filiação resulta do facto do nascimento e estabelece-se nos termos dos artigos 1803.º a 1825.º. ...”.

¹⁴⁵⁹ Dicha manifestación en contrario, basta para destruir la presunción de la paternidad matrimonial conforme al art. 1832 del Código Civil portugués.

¹⁴⁶⁰ El art. 1839 CC portugués concede legitimación para impugnar la paternidad, al marido de la madre, a ésta, al hijo o al Ministerio Fiscal. En la acción, se deberá probar que, de acuerdo con las circunstancias, la paternidad del marido de la madre es “manifiestamente improbable”. Finalmente, dicho artículo establece en su apartado 3 que no se permite ejercer una acción de impugnación de la paternidad al cónyuge que hubiera consentido un tratamiento de inseminación artificial.

luso para que “en el plazo máximo de 120 días” a contar desde su publicación¹⁴⁶¹, redactara un Reglamento ejecutivo de desarrollo de la norma¹⁴⁶², hasta cuyo momento no entrarán en vigor las novedades introducidas por los artículos 8 y 39 LPMA en relación con la gestación subrogada¹⁴⁶³.

Para ello, en el mes de septiembre de 2016, la CNPMA en su calidad de entidad reguladora del sector de la reproducción médicamente asistida, ha redactado una declaración interpretativa¹⁴⁶⁴ vinculante en relación a diversos puntos que pueden considerarse controvertidos de las Leyes 17/2016, de 20 de junio, y 25/2016, de 22 de agosto.

Por lo que afecta a la gestación subrogada, la declaración interpretativa de la CNPMA dispone que los niños que nacerán a través de dicha técnica, deberán ser tenidos siempre como hijos de los progenitores intencionales, aunque el contrato de subrogación fuera declarado nulo.

Con respecto a las personas que pueden recurrir a la gestación subrogada reitera que, no solo las parejas heterosexuales, sino también las homosexuales femeninas y las mujeres de forma individual, podrán acceder a la gestación subrogada en calidad de progenitores intencionales, independientemente de su estado civil.

¹⁴⁶¹ La norma se publicó el 22 de agosto de 2016, por lo que el reglamento debería haber sido aprobado antes del 22 de diciembre de 2016.

¹⁴⁶² Del artículo 112 de la Constitución portuguesa se desprende la noción de Reglamento como “potestad normativa dirigida a la ejecución de las leyes”, debiendo entenderlo, conforme a la concepción clásica, como un “instrumento normativo que optimiza la aplicación del ordenamiento jurídico, haciendo posible una adaptación ágil de ese ordenamiento para dar respuesta a situaciones específicas”. En ROSADO PACHECO, S., “Ley y Reglamento en Portugal”, en ROSADO PACHECO, S. (Coord.), *Derecho Europeo Comparado sobre Ley y Reglamento*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, 2003. Pág. 181.

¹⁴⁶³ Así, pese a que el artículo 4 de la Ley n.º 25/2016, de 22 de agosto, preveía su entrada en vigor, con carácter general, para “el primer día del mes siguiente al de su publicación”, es decir, el 1 de septiembre de 2017, las previsiones contenidas en los artículos 8 y 39 relativas a la gestación por sustitución, no entrarán en vigor hasta la aprobación del mencionado Reglamento de desarrollo.

¹⁴⁶⁴ Declaração Interpretativa (n.º 1 do artigo 30.º da Lei n.º 32/2006, de 26 de julho, alterada pelas Leis n.os 17/2016, de 20 de junho, e 25/2016, de 22 de agosto). CNPMA. Septiembre, 2016. Disponible en: <http://www.cnpma.org.pt/Docs/CNPMA_DeclaracaoInterpretativa_SET2016.pdf>. Última consulta: 31/05/2017.

Y con respecto a la posibilidad de revocar las respectivas obligaciones contractuales asumidas por las partes al suscribir un contrato de gestación por sustitución, establece la CNPMA que los progenitores intencionales solo podrán hacerlo hasta el momento en que se inicien los procedimientos terapéuticos de reproducción asistida en la gestante. Con respecto a la gestante, en línea con lo dispuesto en el artículo 142 del Código Penal portugués¹⁴⁶⁵, relativo a los supuestos no punibles de interrupción del embarazo, se le reconoce la facultad de revocar libremente su consentimiento prestado hasta el final de las primeras 10 semanas de gestación.

Habrá que esperar hasta la aprobación del mencionado Reglamento ejecutivo de desarrollo¹⁴⁶⁶ de la Ley 25/2016, para ver cómo se concretan por el legislador portugués los parámetros aplicables a la práctica de la gestación subrogada en dicho país, así como para ver los problemas y soluciones que irán surgiendo en torno a las cuestiones más controvertidas en relación con dicha materia.

¹⁴⁶⁵ Art. 142 CP portugués, que exime de punibilidad a las interrupciones voluntarias de los embarazos que se lleven a cabo por equipos médicos en establecimientos oficiales sanitarios con el consentimiento de la mujer embarazada ante determinadas circunstancias y siempre que se efectúe dicha interrupción dentro de los plazos establecidos en el mencionado artículo para cada uno de los supuestos previstos.

¹⁴⁶⁶ Del artículo 112 de la Constitución portuguesa se desprende la noción de Reglamento como “potestad normativa dirigida a la ejecución de las leyes”, debiendo entenderlo, conforme a la concepción clásica, como un “instrumento normativo que optimiza la aplicación del ordenamiento jurídico, haciendo posible una adaptación ágil de ese ordenamiento para dar respuesta a situaciones específicas”. En ROSADO PACHECO, S., “Ley y Reglamento en Portugal”, en ROSADO PACHECO, S. (Coord.), *Derecho Europeo Comparado sobre Ley y Reglamento*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, 2003. Pág. 181.

CONCLUSIONES

Primera.- Los problemas de infertilidad aumentan y los potenciales padres, si no consiguen lograr de modo natural un embarazo propio, buscan soluciones alternativas que les permitan alcanzar su deseo de formar una familia, ya sea recurriendo a técnicas de reproducción asistida, la adopción o, cada vez más, mediante la gestación por sustitución.

Segunda.- El concepto de familia no permanece estático. Junto con el antiguo modelo tradicional basado en el vínculo formal del matrimonio heterosexual, han surgido nuevas fórmulas que modifican, reinventan y crean nuevas estructuras familiares, plenamente implantadas en nuestra sociedad actual. A dichos nuevos modelos se les está tratando de dotar de una correcta adaptación legislativa que otorgue seguridad jurídica y se ajuste a las necesidades actuales, como ha sucedido en España con la Ley 13/2005, de 1 de julio, que ha abierto la posibilidad a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo. Lo mismo sucede en el campo de la filiación, donde las técnicas de reproducción asistida han roto claramente con la tradicional máxima pauliana *mater semper certa est*, y hacen necesario crear nuevas fórmulas jurídicas que den cabida al elemento genético, junto con el volitivo, frente al hecho biológico del parto.

Tercera.- La gestación por sustitución, más allá de cuestiones éticas y morales, es otro método más de reproducción asistida, que implica la intervención de la mano del hombre en técnicas médicas, que permiten a los interesados obtener resultados que no se producirían de modo natural. Siendo que es legal en nuestro país recurrir a la donación de gametos y emplearlos para la fecundación en el caso de que alguien no pueda generar los suyos propios, o incluso estando permitidas otras posibilidades como que una mujer aporte su ovocito y su pareja femenina geste el embrión generado con el mismo, debería darse un paso más y ofrecer solución a aquellas personas que pueden producir gametos, pero que precisan de una mujer que les ayude a llevar a término un embarazo.

Cuarta.- Hoy en día, llevar a cabo un proceso de adopción en España, tanto en el ámbito nacional como internacional, supone un camino lento, costoso y complicado, que en muchas ocasiones desespera a las familias y les lleva a buscar otras vías para acceder a la paternidad, como la gestación por sustitución.

Quinta.- Tras estudiar los ordenamientos jurídicos de algunos de los países más representativos en la materia, concluimos que no existe una postura común en torno a la gestación por sustitución, sino tres tendencias mayoritarias con respecto a la misma. Así, un primer grupo de países, entre los que se encuentra Alemania, Francia, Italia, Suiza o España, prohíben expresamente los contratos de subrogación, o bien los sancionan con la nulidad de pleno derecho, lo que implica que no producirán ningún efecto jurídico y que la filiación vendrá determinada por el parto. Un segundo grupo la permite expresamente, como sucede con Reino Unido, Rusia, República Sudafricana o Vietnam, estableciendo cada uno de ellos los requisitos legales exigidos para poderla llevar a cabo. Y, finalmente, existe un tercer grupo de Estados en los que no se halla regulada pero que, o bien se prohíbe en la práctica, como en el caso de Austria, o bien se permite fácticamente como en Bélgica o Brasil, donde son los propios profesionales del campo de la reproducción asistida quienes se autoregulan en dicho contexto.

Sexta.- Hemos podido comprobar que existen dos nuevas tendencias en el ámbito internacional. Por una parte, muchos de los países típicos de turismo reproductivo que no establecían limitación alguna en torno a la gestación subrogada y a los que era factible recurrir por sus bajos costes económicos, como India, Tailandia, Nepal o México, están endureciendo las limitaciones legales y exigiendo nuevos requisitos a los extranjeros que deseen suscribir acuerdos de subrogación dentro de sus fronteras para, con ello, evitar los abusos que se estaban cometiendo en la práctica. No obstante, ninguno de los mencionados países ha optado por prohibirla definitivamente. Y, por otra parte, otros lugares en que se hallaba prohibida, como es el caso de Grecia o Portugal, tras reconocer que se trata de una realidad puesta de manifiesto y que precisa de regulación, han optado por permitirla jurídicamente fijando los

parámetros legales a dichos efectos.

Séptima.- La nulidad de pleno derecho establecida en la legislación española en torno a la figura que nos ocupa, no disuade de su práctica ni logra evitar que nuestros nacionales lleven a cabo su deseo más allá de nuestras fronteras. Dicha técnica es una práctica a la que cada vez más familias españolas recurren, trayendo después consigo a sus hijos nacidos en el extranjero. Es más, actualmente se puede hablar de cifras similares en cuanto a niños nacidos en el extranjero por subrogación y traídos a nuestro país, que el número de aquéllos que proceden de la adopción internacional.

Octava.- Es indudable que el legislador español ha habilitado mecanismos legales que permiten la inscripción en el Registro Civil de los menores nacidos en el extranjero por la vía de la subrogación. Ello supone una solución parcial al problema, pero también una incongruencia y una situación de gran inseguridad jurídica. Tampoco tiene sentido que se otorguen vías que permitan establecer dicha filiación de los nacidos fuera de España, pero que no se admita la misma posibilidad dentro de nuestras fronteras a quienes no puedan satisfacer el alto coste económico que implica recurrir a una subrogación transnacional, ya que ello supone una clara desigualdad basada en el poder económico de quienes desean formar una familia.

Novena.- Quienes puedan permitirse acudir a aquéllos lugares en los cuales llevar a cabo un proceso de gestación subrogada sea más seguro jurídicamente, pero también muchísimo más costoso desde el punto de vista económico, como sucede con California (EEUU), se enfrentarán a muchos menos problemas que aquellas otras personas que no tengan más remedio que terminar en países menos desarrollados, que podrán verse expuestas a mafias y mercados negros derivados de la mercantilización de la filiación, de la explotación de posibles gestantes e incluso del tráfico de menores, con todos los riesgos que ello conlleva.

Décima.- Hemos podido constatar que existen diversas sentencias dictadas por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en el año 2016, que

concluyen que la gestación por sustitución es una situación que queda protegida en nuestro sistema de Seguridad Social, reconociendo expresamente el derecho de los trabajadores a gozar de las prestaciones y derechos derivados de la paternidad, independientemente del origen de la filiación.

Undécima.- La “Operación Princesita” nos ha mostrado cómo la gestación por sustitución también se lleva a cabo dentro de nuestras fronteras en la clandestinidad, con toda la problemática y riesgos que ello supone para los intervinientes en el proceso, especialmente, para los niños nacidos, cuyo interés superior es fundamental salvaguardar.

Duodécima.- Es necesario dejar de mirar hacia otro lado y terminar con la inseguridad jurídica existente en esta materia en España, siendo necesario permitir que la misma se lleve a cabo en nuestro país, pero fijando de forma clara los límites y requisitos que deberán tenerse en cuenta a la hora de formalizar un acuerdo de gestación subrogada, teniendo presente en todo momento el interés superior del menor que deberá ser prioritario en el proceso. Dicha regulación no evitará por completo que surjan algunos problemas, como hemos visto con los supuestos mencionados de California (EEUU), pero sí otorgará un mayor grado de seguridad jurídica, permitirá velar por la protección de las partes, especialmente de los futuros niños, y evitará, en la medida de lo posible, que se cometan abusos.

Decimotercera.- En cuanto al contenido con el que debería contar la nueva norma que regule la gestación subrogada en España, coincidimos plenamente con los parámetros propuestos por el SEF en su iniciativa del año 2016, a los que nos remitimos expresamente, especialmente, con respecto a que debería otorgarse a dicha práctica un carácter excepcional, basado en problemas uterinos o recomendaciones médicas que desaconsejen por completo el embarazo de la madre intencional, o bien ante otras situaciones que justifiquen llevarla a cabo, como pueden ser los supuestos de esterilidad “estructural” en que un hombre, de forma individual o junto con su pareja del mismo sexo, deseen acceder a la paternidad.

Decimocuarta.- Para evitar la proliferación y profesionalización de gestantes en este campo y, en definitiva, la mercantilización del cuerpo humano, abogamos por la modalidad altruista de la gestación por sustitución. No obstante, consideramos necesario prever la posibilidad de abonar a la gestante compensaciones económicas por los gastos médicos en que incurra, honorarios profesionales que dejara de percibir como consecuencia de la gestación, seguros de vida y/o salud, gastos por desplazamientos o incluso los derivados de indumentaria para el periodo del embarazo, pero siempre fijados de forma clara y taxativa en la norma que se pudiera aprobar a dichos efectos.

Decimoquinta.- Al igual que prevé la Ley portuguesa 25/2016, es necesaria la creación de un Registro que permita centralizar toda la información relevante sobre aplicación de técnicas de reproducción médicamente asistida, que incluya los datos relativos a las gestantes subrogadas, los beneficiarios de dichas técnicas, donantes de gametos y niños nacidos de los diferentes procesos que se lleven a cabo, todo ello dentro de los parámetros de confidencialidad exigidos en la normativa española.

Decimosexta.- Consideramos necesario establecer en la norma, junto con los restantes requisitos exigibles a las partes, mecanismos que permitan verificar la existencia de un verdadero consentimiento informado, prestado tanto por los padres intencionales como por la gestante, así como garantías que no coarten la libertad personal de ésta última, pero que tampoco dejen en su mano la posibilidad de rescindir de forma unilateral y arbitraria las obligaciones a las que libre y voluntariamente se hubiera comprometido.

Decimosexta.- A la hora de determinar la filiación materna, a nuestro juicio, no tiene ningún sentido otorgar más validez al hecho de la gestación y del parto, que a los vínculos genéticos de los progenitores con el niño que nacerá mediante técnicas de reproducción asistida, siendo que estos últimos son, además, quiénes han tenido en todo momento la intención y la voluntad de convertirse en los padres del menor y de criarlo en el seno de su familia.

Decimoséptima.- Para reforzar la protección del vínculo genético de los

padres intencionales con el menor, al igual que en las legislaciones de muchos de los países en que la subrogación se halla permitida, como es el caso de Portugal, Reino Unido, Israel o República Sudafricana, debería exigirse que al menos uno de los progenitores intencionales proporcionase sus gametos para la fecundación, así como que la gestante no pudiera aportar sus propios ovocitos para evitar, no sólo su vinculación genética con el menor, sino también el nacimiento de fuertes vínculos psicológicos con el bebé que le hiciesen posteriormente más difícil su entrega. Asimismo, el legislador debería valorar sosegadamente y decidir sobre la posibilidad de permitir optar por la gestación subrogada con recurso a donantes, a aquellas parejas o personas completamente estériles que quieran cumplir con su deseo de ser padres, pero que ninguno de ellos pudiera proporcionar sus propios gametos para hacer frente a su voluntad procreacional.

Decimoctava.- Es necesario modificar la redacción de los artículos del Código Civil español relativos a la filiación, especialmente, la del artículo 108, a efectos de dar cabida a una nueva figura autónoma ajustada a los avances en materia de técnicas de reproducción asistida, con fundamento en la vinculación genética del niño con sus progenitores y en la autonomía de la voluntad de las partes, que operase, entre otros supuestos, en el de la gestación por sustitución. A dichos efectos, realizamos la siguiente propuesta de *lege ferenda*, en base a la cual el mencionado artículo podría quedar redactado como sigue:

“Artículo 108. La filiación podrá tener lugar por *el hecho del parto, por vinculación genética* y por adopción. *Los dos primeros supuestos de filiación podrán ser de tipo matrimonial y no matrimonial. Es matrimonial cuando ambos progenitores están casados entre sí.*

La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código.”.

Decimonovena.- Se precisaría también modificar el contenido del artículo 44 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, correspondiente

a la inscripción del nacimiento y de la filiación, para ajustar su tenor literal a la propuesta efectuada en el apartado anterior. Así, de la redacción de dicho artículo y a efectos de determinar la filiación del recién nacido, debería eliminarse toda mención a la necesidad de hacer constar en el parte facultativo los datos relativos a la identidad de su “madre” -entendida ésta como la mujer que ha dado a luz-, y sustituirlos por la obligación de consignar en el citado documento las circunstancias identificativas de quienes sean considerados progenitores del recién nacido conforme a las normas civiles, a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, así como a la norma promulgada en materia de gestación subrogada, en caso de que su aprobación se efectuase en un texto independiente a los anteriores.

Final.- En definitiva, la sociedad avanza mucho más rápido que el derecho, lo que no obsta para que los operadores jurídicos tengan la obligación de adaptar y dotar de cobertura legal a las nuevas necesidades planteadas en cada momento y, mucho más, si está en juego el interés superior del menor.

Independientemente de que nos posicionemos a favor o en contra de la gestación por sustitución, no podemos negar que se trata de una realidad, que cerrar los ojos o prohibir en ningún caso supone la mejor opción y que no hay más remedio que admitirla.

La solución jurídica más garantista consistiría en aprobar un instrumento multilateral consensuado en dicha materia que otorgase un mayor grado de previsibilidad y seguridad jurídica a todas las partes intervinientes en estos procesos, lo que, no obstante, sería sumamente complicado por las múltiples implicaciones del orden jurídico, bioético y moral que su práctica conlleva.

Pero, al menos, al igual que han hecho otros países europeos como Reino Unido, Portugal o Grecia, sí es necesario aprobar la gestación subrogada en España, estableciendo una adecuada regulación que incluya los límites apuntados en los apartados anteriores, lo que ayudaría a disminuir e, incluso, eliminar el turismo reproductivo y evitaría muchos de los problemas que actualmente su práctica lleva aparejada.

CONCLUSIONS

First.- Infertility is a rising problem, and if potential parents fail to achieve a natural pregnancy on their own, they look for other alternatives which allow them to start their own family, either resorting to assisted reproduction techniques, adoption, or, increasingly, surrogacy.

Second.- The concept of family does not remain static. Along with the old traditional model based upon the formal link of heterosexual marriage, there are new formulas that modify, reinvent and create new family structures fully implemented in today's society. It is intended to provide these new family models with an adequate legislative adaptation which grants legal protection and adjusts itself to the current needs, as has been the case with the *Ley 13/2005* (Spanish Act 13/2005, of 1 of July) that has opened up the possibility of same sex marriages. The same applies in the field of filiation, in which assisted reproduction techniques have clearly broken with the traditional Pauline maxim *mater semper certa est*, and make it crucial to create new legal formula which gives scope to the genetic element, besides volition, in contrast to the biological fact of childbirth.

Third.- Surrogacy, beyond ethical and moral issues, is another assisted reproduction technique involving the intervention of the human hand, which enables the interested to obtain results that would not occur naturally. Since it is legal in our country to resort to gamete donation and their use in fertilisation in case someone cannot generate their own, or even a woman can lend her oocyte and her female partner gestates the embryo generated with the same, a further step should be taken in order to offer a solution for those who can actually produce gametes, but need a woman to help them carry a pregnancy to term.

Fourth.- Nowadays, adoption in Spain, at both a national and international levels, implies a time-consuming, costly and complicated path, which in many occasions makes families desperate and leads them to seek other methods, like surrogacy, to access parenthood.

Fifth.- Having studied the different legislative frameworks of some of the most representative countries on the matter, we conclude that there is not a common position with regard to surrogacy but three majority trends in respect of the same. Among the first group are Germany, France, Italy, Switzerland or Spain. This group expressly prohibits surrogacy agreements or declares them null and void, which implies they will not bring about any legal effect and filiation shall be determined by childbirth. In a second group of countries such as United Kingdom, Russia, South African Republic or Vietnam, surrogacy is expressly permitted in conformity with the corresponding legal requirements set by each country. Finally, there is a third group of nations in which surrogacy is not regulated, but either its practice is banned as in the case of Austria, or it is actually allowed as in Belgium or Brazil, where the very professionals of the field of assisted reproduction self-regulate themselves in this context.

Sixth.- We have noted the existence of two new tendencies at the international level. On the one hand, many of the reproductive tourism countries that did not establish any limit on the subject of surrogacy and to which it was feasible to resort to due to their low economic costs, such as India, Thailand, Nepal or Mexico, are now tightening their statutory limitations and demanding new requirements to foreigners who wish to conclude surrogacy agreements within their borders. By doing so, actual abuses should be avoided. However, none of the above-mentioned countries prohibit surrogacy definitely. On the other hand, some countries in which surrogacy was banned, like Greece and Portugal, have recognised it is an emerging reality in need of regulation. Therefore, they have decided to adopt it legally by setting the legal requirements for that purpose.

Seventh.- The declaration of the null and void agreement prescribed by the Spanish law does not prevent families wanting to have children through this technique from going abroad to fulfil their wish. Such technique is a praxis to which Spanish families increasingly resort, bringing their born children with them afterwards. Moreover, we are currently in a position to talk about similar figures as to children born abroad by means of surrogacy and later brought to our country, and those who come from international adoption.

Eighth.- Undoubtedly, the Spanish legislator has developed legal mechanisms that allow children born abroad by means of surrogacy to be registered in the Spanish Civil Registration. This is a partial solution to the problem, which leads to a clear incongruence and creates a situation of great legal uncertainty. Granting filiation to children born outside Spain, but not being allowed within our borders to those who cannot afford international surrogacy, is also senseless since it represents a clear inequality based on the purchasing power of those who wish to create a family.

Ninth.- Those who can afford to proceed to surrogacy under complete legal protection, despite a high cost process, as in the case of California (USA), face much fewer obstacles than those who have to resort to less developed countries, taking the risk of being abused by the commercialisation of filiation, the exploitation of potential pregnant mothers and, even, child trafficking.

Tenth.- We have confirmed the existence of several judgements issued by the *Sala de lo Social del Tribunal Supremo* (social division of the Supreme Court) in 2016, which conclude that surrogacy is a situation that remains protected in our welfare system, and expressly recognise the right of workers to benefit from the allowances and rights arising from parenthood, regardless of the origin of filiation.

Eleventh.- The so called “Operación Princesita” has shown us how surrogacy is also carried out underground within our borders, leading to problems and risks for the intervening parts in the process, particularly for the child born, whose best interests is crucial to safeguard.

Twelfth.- We should stop turning a blind eye and remove the existing legal uncertainty on this matter in Spain. There is a need for its regulation in our country. The corresponding limitations and requirements in the conclusion of a surrogacy agreement should be established, constantly keeping in mind the best interests of the child, which should be a priority in the process. Such regulation will not completely prevent some problems from emerging, as in the mentioned cases of California (USA), but it will grant a greater degree of legal

certainty ensuring the protection of the parties, particularly of the prospective children, and abuses will be prevented.

Thirteenth.- As to the content that the new Spanish law on surrogacy should tell, we are in full agreement with the parameters proposed by the *SEF* (Group of Ethics and Good Practice of the Spanish Fertility Society) in its proposal of 2016, in which surrogacy is granted an exceptional character based on uterine issues, medical recommendations that strongly advise against the pregnancy of the intended mother, or justified cases of “structural” infertility when a man, individually or with his same-sex couple, dreams of accessing to parenthood.

Fourteenth.- In order to avoid the proliferation and professionalization of pregnant women in this field and, ultimately, the commercialisation of the human body, we stand up for the altruistic modality of surrogacy. Nevertheless, we deem it decisive to provide for the possibility of paying some financial compensation to the pregnant woman for the medical expenses incurred, the forgone professional fees as a result of the pregnancy, life and health insurance, travel expenses or even cost of clothing during the pregnancy period. These expenses should be set out in a clear and exhaustive way in the adopted law for that purpose.

Fifteenth.- As well being provided in the Portuguese Act 25/2016, it is fundamental the creation of a Register that allows to centralise all the relevant information on the implementation of medically assisted reproduction techniques, which should include all the data related to the pregnant women, the beneficiaries of these techniques, the donors of gametes and the children born of the different processes carried out. All of this should be done within the parameters of confidentiality required in the Spanish law.

Sixteenth.- We consider it indispensable to establish in the rule, along with the other applicable requirements to the parties, mechanisms that allow to verify the existence of a true informed consent given by the intended parents as well as by the pregnant woman, just like guarantees that do not involve any

restriction on the personal freedom of the latter nor the possibility to terminate unilaterally and arbitrarily the obligations to which freely and voluntarily she has committed.

Sixteenth.- In determining the maternal filiation, in our opinion, it does not make any sense granting more validity to pregnancy and delivery than to the genetic links of the parents with the child that will be born by means of assisted reproduction techniques, who have had at all times the intention and the will of becoming the child's parents and bringing it up within their family.

Seventeenth.- In order to reinforce the protection of the genetic link of the intended parents with the child, just like with the legislation of many of the countries in which surrogacy is permitted, as in the case of Portugal, United Kingdom, Israel or Republic of South Africa, it should be required that at least one of the intended parents provided his or her gametes for fertilisation. It should also be required that the pregnant woman could not contribute her own oocytes in order to avoid not just her genetic linkage with the child but the rise of strong psychological links with the baby that could subsequently make the delivery harder. Furthermore, the legislator should approach the situation calmly and decide on the possibility of permitting surrogacy with the use of a donor for couples completely infertile who wish to become parents but neither of them can provide their own gametes to obtain their procreational will.

Eighteenth.- It is necessary to amend the writing of the sections of the Spanish *Código Civil* (Civil Code) related to filiation, in particular section 108, in order to introduce a new autonomous concept adjusted to progress, in terms of assisted reproduction techniques, on grounds of the genetic linkage of the child with his parents and of the part autonomy in surrogacy. In this regard, we proceed to the following drafting suggestion of *lege ferenda* under which the mentioned section could be worded as follows:

“Section 108. Filiation shall take place by *childbirth*, by *genetic linkage* and by adoption. *The first two events of filiation may be marital and non-marital.* It is a marital filiation when *both parents* are married to each other.

Marital and non-marital filiation, as well as adoptive filiation, lead to the same effects, in accordance with the provisions of this Code”.

Nineteenth.- It would also be important to modify the content of section 44 of the Civil Registration Act 20/2011, of 21 of July, corresponding to birth and filiation registration in order to adjust its wording to the proposal made in the previous paragraph. For the purposes of determining filiation of the new born, all mention related to his “mother`s” identity (as the woman who gave birth) should be removed from the wording of such section and replaced by entering in such document the identifying circumstances of the new born parents under the civil rules contained in the Act 14/2006, of 26 of May on assisted reproduction techniques, as well as under the enacted rule in the area of surrogacy, in case that its approval was developed in a wording independent to the former.

Final.- In short, society progresses much faster than law, this does not impede legal operators to adapt and provide statutory coverage to the new requirements arising at any given time and, even more, if the child’s best interests are at stake.

Regardless of our position in favour of or against surrogacy, we are certainly before an increasing reality we cannot deny. We must not turn a blind eye nor prohibit a fact that must be admitted.

The most certain legal solution would be the adoption of a multilateral consensual instrument on such matter that should nevertheless grant a higher degree of predictability and legal certainty to all the parties involved in these processes, which, on the other hand, would be extremely complicated for the many legal, bioethical and moral implications that its practice entails.

But, at least, as other European countries such as the United Kingdom, Portugal or Greece have done, it is also necessary to approve surrogacy in Spain, by establishing a proper regulation that includes the limits noted in the sections above. This would help to reduce or even eliminate reproductive

tourism and it would also circumvent many of the problems that currently its practice implies.

BIBLIOGRAFÍA

- ABREU, L.D., "A renúncia da Maternidade: reflexão jurídica sobre a maternidade de substituição. Principais aspectos nos direitos português e brasileiro". *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Vol. 11. Instituto Brasileiro de Direito de Família. Santo Agostinho (Brasil), 2009. Pág. 93-104.
- ALARCÓN ROJAS, F., "El negocio jurídico de la maternidad por sustitución en la gestación", en GONZÁLEZ DE CANCINO, E. (Coord.), *Primer Seminario franco-andino de Derecho y Bioética: memorias*. Centro de Estudios sobre Genética y Derecho, Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2003. Pág. 125-136.
- ALKORTA IDIAZKEZ, I., *Regulación jurídica de la medicina reproductiva: Derecho español y comparado*. Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 2003.
- ALMEIDA, F. y PEREIRA, A.G.D., "Barrigas de alquiler: uma precipitação legislativa". *Revista público*. 6 agosto 2016. En <<https://www.publico.pt/2016/08/06/sociedade/noticia/barrigas-de-aluguer-uma-precipitacao-legislativa-1740474>>. Última consulta: 06/03/2017.
- ÁLVAREZ, J.G., "Artículo 5. Donantes y contratos de donación. Comentario científico", en LLEDÓ YAGÜE, F. y OCHOA MARIETA, C. (Dir.), *Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo)*. Dykinson. Madrid, 2007. Pág. 83-88.
- ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L., "El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de Ley y el correctivo de orden público internacional". *Cuadernos de Derecho transnacional*, Vol. 6, Núm. 2 (Octubre 2014). Área de Derecho internacional privado de la Universidad Carlos III. Madrid, 2014. Pág. 5-49.
- ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.), *Derecho Penal Español. Parte Especial (I)*, 2ª edición. Tirant lo Blanch. Valencia, 2011.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., "Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero". *Anuario español de Derecho internacional privado*, tomo X. Marcial Pons. Madrid, 2010. Pág. 339-377.
- "Dimensión internacional del matrimonio entre personas del mismo sexo: lo que el ojo del legislador español no vio", en ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. et al. (Coord.), *Estudios de Derecho de familia y de sucesiones (dimensión interna e internacional)*. Universidad Santiago de Compostela. Santiago de Compostela, 2009. Pág. 9-37.
- "El proyecto de ley sobre adopción internacional. Una crítica para sobrevivir a su explicación docente". *Actualidad Civil*, núm. 22. Editorial La Ley. Madrid, 2007. Pág. 2597-2618.

- ÁLVAREZ RUBIO, J.J., “Artículo 48. Prohibición de revisión del fondo”, en MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.P. y PALAO MORENO, G. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2017. Pág. 560-571.
- ÁLVAREZ SARABIA, M., “Alcance y significado del consentimiento en las técnicas de reproducción humana asistida”. *Anales de Derecho*. Vol. 33, núm. 1. Universidad de Murcia. Murcia, 2015. Pág. 1-69.
- AMOROSI, V., “6.6. Italy”, en BRUNET, L. (Dir.), *A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States*. European Parliament, European Union, 2013. Pág. 294-301.
- ANGUITA RÍOS, R.M., “La adopción abierta. Un paso más en el derecho a la identidad biológica del adoptado”. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 11/2016. Cizur Menor (Navarra), 2016.
- ARAMESH, K., “Iran's experience with surrogate motherhood: an Islamic view and ethical concerns”, *J Med Ethics*, núm. 35, 2009.
- ARAUJO, F., *A procriação assistida e o problema da santidade da vida*. Almedina. Coimbra, 1999.
- ARCHER, L., *Da Genética à Bioética*. Gráfica de Coimbra. Coimbra, 2006.
- ARENAS GARCÍA, R., *Crisis matrimoniales internacionales. Nulidad matrimonial, separación y divorcio en el nuevo Derecho internacional privado español*. Universidade de Santiago de Compostela. Santiago de Compostela, 2004.
- ARENAS GARCÍA, R. y GONZÁLEZ BEILFUSS, C., “La Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional: entre la realidad y el deseo”, *Revista electrónica de estudios internacionales* (on-line), Núm. 17 (junio 2009). Asociación Española de Profesores de Derecho internacional y Relaciones internacionales, 2009. Pág. 1-39. Disponible en: <<http://www.reei.org/index.php/revista/num17/articulos/ley-542007-28-diciembre-adopcion-internacional-entre-realidad-deseo>>. Última consulta: 01/04/2017.
- ARROYO, E., “Ley de Adopción Internacional. Con todas las garantías”. *Escritura Pública*, núm. 48. Consejo General del Notariado. Madrid, 2007. Pág. 32-36.
- “SOS. Necesitamos más niños”. *Escritura Pública*, núm. 104. Consejo General del Notariado. Madrid, 2017. Pág. 8-12.
- ARTETA ACOSTA, C., “Maternidad subrogada”. *Revista Ciencias Biomédicas*, vol. 2, núm. 1. Universidad de Cartagena. Cartagena (Colombia), 2011. Pág. 91-97.
- ASCENSÃO, J.O., “A Lei n.º 32/06, sobre Procriação Medicamente Assistida”, *Estudos de Direito da Bioética*, Vol. III. Almedina. Coimbra, 2009. Pág. 25-50.

- ATIENZA, M., "Sobre la nueva Ley de Reproducción Humana Asistida". *Revista de Bioética y Derecho*. Núm. 14 (septiembre de 2008). Universidad de Barcelona. Barcelona, 2008. Pág. 4-9.
- AUGUSTO, A., "A regulação da reprodução medicamente assistida em Portugal: agentes, contextos e procesos". En SILVA, S. y VELOSO, L. (Ed.), *Representações jurídicas das tecnologias reprodutivas: contributos para uma reflexão*. Universidade de Porto. Porto, 2009. Pág. 45-59.
- BARBOZA, H.H., *A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização in vitro*. Editorial Renovar. Rio de Janeiro (Brasil), 1993.
- BARG, L., "Un caso de gestación por sustitución en Mendoza. Cuando la sociedad y la justicia sancionan a los más vulnerables". *Revista Debate Público. Reflexión de Trabajo Social*. Año 5, Núm. 10. 2015. Pág. 145-152.
- BARROS, A., "Ciência. Barrigas de aluguer". *Boletim da Ordem dos Advogados*, Núm. 88 (marzo 2012). Lisboa, 2012. Pág. 25.
- BAUBÖCK, R.: "Constitutional Court confirms Austrian citizenship for children born by American surrogate mother". *European Union Democracy Observatory on Citizenship*. European University Institute. San Domenico di Fiesole (Italy), 2011.
- BAUTISTA ZARRALUQUI, J.B., "Maternidad subrogada", *Revista Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 815 (Tribuna). Cizur Menor (Navarra), 2011.
- BAYARRI MARTÍ, M.L., "Maternidad por subrogación. Su reconocimiento en España". *Noticias jurídicas*, 2015. Disponible en: <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/10338-maternidad-por-subrogacion-su-reconocimiento-en-espana/>. Última consulta: 06/09/2016.
- BELLVER CAPELLA, V., "¿Nuevas tecnologías? Viejas explotaciones. El caso de la maternidad subrogada internacional". *SCIO. Revista de Filosofía*. Núm. 11. Valencia, 2015. Pág. 19-52.
- BENAVENTE MOREDA, P., "La filiación de los hijos de parejas, casadas o unidas de hecho, del mismo sexo. La situación legal y jurisprudencial actual", *ADC (Anuario de Derecho Civil)*, Vol. 64, Núm. 1. Ministerio de Justicia. Madrid, 2011. Pág. 75-124.
- "Desamparo de menores, acogimiento y adopción internacional". En GUZMÁN MENDOZA, C.E. y INSIGNARES CERA, S., *Política y Derecho: retos para el siglo XXI*. Ediciones Uninorte. Barranquilla (Colombia), 2010. Pág. 34-54.
- BENÍTEZ ORTÚZAR, I. y MORILLAS CUEVA, L., "Artículo 26. Infracciones. Comentario Jurídico", en LLEDÓ YAGÜE, F. et al., *Comentarios Científico-Jurídicos a la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo)*. Dykinson. Madrid, 2007. Pág. 344-350.

- BERÁSTEGUI PEDRO-VIEJO, A., “Adopción internacional: ¿solidaridad con la infancia o reproducción asistida?”. *Aloma: Revista de Psicología, Ciències de l'Educació i de l'Esport*, Núm. 27. Facultat de Psicologia, Ciències de l'Educació i de l'Esport Blanquerna de la Universitat Ramon Llull. Barcelona, 2011. Págs. 15-38.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), *Comentarios al Código Civil*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2013.
- “Hijos *made in California*”. *Aranzadi Civil*, Núm. 1. Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 2009. Págs. 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 (1ª parte)”. *Revista de la Escuela de Medicina Legal*. Núm. 9 (2008). Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 2008. Págs. 22-42.
- BERTSCHI, N., “Leihmutterchaft. Theorie, Praxis und rechtliche Perspektiven in der Schweiz, den USA und Indien”, *Rebels Zeitschrift fuer auslaendisches und internationale Privatrecht*, 80 (1). Bern, 2014. Págs. 188-191.
- BLACKBURN-STARZA, A., “South African court sets out guidelines for surrogacy arrangements”, *BioNews*, Núm. 633 (14/11/2011). Progress Educational Trust. London, 2011.
- BLANCO-MORALES LIMONES, P., “Una filiación: tres modalidades de establecimiento. La tensión entre la Ley, la biología y el afecto”, *Bitácora Millennium DIPr*, Núm. 1 (online). Tirant lo Blanch. Valencia, 2015. Disponible en: <<http://www.millenniumdipr.com/ba-4-una-filiacion-tres-modalidades-de-establecimiento-la-tension-entre-la-ley-la-biologia-y-el-afecto>>. Última consulta: 01/04/2017.
- Ponencia “Gestación por sustitución, orden público y registro civil”. Dentro del curso *Familia y Gestación por Sustitución: un enfoque interdisciplinar*. UNED. Madrid, 2015. Disponible en: <<https://www.youtube.com/watch?v=roBum9CW2yQ>>. Última consulta: 01/02/2017.
- BONILLA-MUSOLES, F. et al. (Dir.), *Reproducción asistida. Abordaje en la práctica clínica*. Editorial Médica Panamericana. Madrid, 2009.
- BONILLO GARRIDO, L., “El reconocimiento y ejecución de sentencias de maternidad por sustitución”. *Diario La Ley*, núm. 8070 (Sección Doctrina), 25 abril 2013. La Ley. Madrid, 2013.
- BORRAJO DACRUZ, E., “Glosa Judicial. Gestación por sustitución y prestación por maternidad: Comentario a la STSJ Madrid, Social, de 18 de octubre de 2012 (1)”. *Actualidad laboral*, núm. 2 (febrero 2013). La Ley. Madrid, 2013.

- BOZA MARTÍNEZ, “Derecho de extranjería y jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2012-2013)”, en ARANGO VILA-BELDA, J. et al, *Inmigración y emigración: mitos y realidades*. Fundación CIDOB. Barcelona, 2014. Pág. 274-299.
- BRENA SESMA, I.: “La gestación subrogada ¿una nueva figura del Derecho de familia?”, en BRENA SESMA, I. (Coord.), *Reproducción asistida*. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2012. Pág. 139-161.
- *¿Autonomía en la maternidad subrogada?. V Congreso Latinoamericano y I Congreso Centroamericano “Salud y derechos sexuales y reproductivos”*. Ciudad de Guatemala, 2010. Disponible en: <<http://colegiodebioetica.org.mx/wp/wp-content/uploads/2011/12/ingrid-brena.pdf>>. Última consulta: 24/10/2016.
- BRUNET, L. (Dir.), *A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States*. European Parliament, European Union, 2013.
- (Dir.), *El régimen de subrogación en los Estados miembros de la UE*, Parlamento Europeo, Unión Europea, 2012.
- BUENO, J.G.R. y MENEZES, D.F.N., “Os limites da gestação de substituição na reprodução assistida”. *Revista Paradigma, Ribeirão Preto-SP*, a. XX, n. 24. 2015. Pág. 17-33.
- BUSARDO, F.P. et al., “The evolution of legislation in the field of Medically Assisted Reproduction and embryo stem cell research in European Union members”. *BioMed Research International*, Vol. 2014 (2014), 24/07/2014. Hindawi Publishing Corporation. London, 2014.
- CABALLERO, S.M., “Gestational Surrogacy in California”. En SILLS, E.S. (Ed.), *Handbook of Gestational Surrogacy: International Clinical Practice and Policy Issues*. Cambridge University Press. Cambridge (UK), 2016. Pág. 296-303.
- CABO, A.I., “Maternidade de substituição. Regulamentação deve ser exaustiva e cautelosa”. *Boletim da Ordem dos Advogados*, Núm. 88 (marzo 2012). Lisboa, 2012. Pág. 22-24.
- CALERO, J.L. y SANTANA, F., “La infertilidad como evento de frustración personal. Reflexiones de un grupo de varones de parejas infértiles”. *Revista Cubana de Salud Pública*, Vol. 17, Núm. 1. Ciudad de La Habana, 2006. Disponible en: <http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1561-29532006000100002>. Última consulta: 12/09/2016. Pág. 1-9.
- CALVO CARAVACA, A.L., “Globalización y Adopción Internacional”. En CALVO CARAVACA, A.L. y BLANCO-MORALES LIMONES, P. (Dir.), *Globalización y Derecho*, COLEX. Madrid, 2003. Pág. 23-71.

CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZALEZ, J., *Derecho Internacional Privado*, Vol. II, 16ª edición. Comares. Granada, 2016.

— “Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 (247/2014). Gestación por sustitución en California”. En YZQUIERDO TOLSADA, M. (Dir.), *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina*. Dykinson. Madrid, 2016. Pág.395-410.

— “Gestación por sustitución y Derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. *Cuadernos de Derecho transnacional*, Vol. 7, Núm. 2 (Octubre 2015). Área de Derecho internacional privado de la Universidad Carlos III. Madrid, 2015. Pág. 45-113.

— “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*, Vol. 3, Núm. 1 (Marzo 2011). Área de Derecho internacional privado de la Universidad Carlos III. Madrid, 2011. Pág. 247-262.

— “Críticas y contracríticas en torno a la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional: el ataque de los clones”. *Cuadernos de Derecho transnacional*, Vol. 2, Núm. 1 (Marzo 2010). Área de Derecho internacional privado de la Universidad Carlos III. Madrid, 2010. Pág. 73-139.

— “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*, Vol. 1, Núm. 2 (Octubre 2009). Área de Derecho internacional privado de la Universidad Carlos III. Madrid, 2009. Pág. 294-319.

— “Derecho internacional privado y matrimonio entre personas del mismo sexo”. *Anales de Derecho*. Núm. 23. Universidad de Murcia. Murcia, 2005. Pág. 11-70.

— “Los matrimonios entre personas del mismo sexo en la Unión Europea”. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. Vol. XLVI, núm. 2. Coimbra Editora. Lisboa, 2005. Pág. 1293-1325.

CAMARERO SUÁREZ, V., *Las uniones no matrimoniales en el Derecho español y comparado*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2005.

CAMPOS, D.L.D., “A procriação medicamente assistida heteróloga e o sigilo sobre o dador - Ou a onipotência do sujeito”. *Revista da Ordem dos Advogados*, Vol. III, ano 66. Lisboa, 2006. Pág. 1017-1032.

CARCABA FERNÁNDEZ, M., *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*. Editorial Bosch. Barcelona, 1995.

- CARRASCO ANDRINO, M.M., "Lección 28ª. Suposición de parto y alteración de la paternidad, estado o condición del menor", en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (Dir.), *Derecho penal español. Parte especial (I)*, 2ª edición. Tirant lo Blanch. Valencia, 2011. Pág. 889-906.
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "Nuevos modelos de familia y Derecho internacional privado en el siglo XXI". *Anales de Derecho*. Vol. 21. Universidad de Murcia. Murcia, 2003. Pág. 109-143.
- CARTOLOVNI, A. et al., "The regulation of the medically assisted reproduction (MAR) in Croatia and the European legislative context". *Medicina e Morale*, vol. 6, 2014. Pág. 997-1025.
- CASADO BLANCO, M. e IBAÑEZ BERNALDEZ, M., "Reflexiones legales y éticas en torno a la maternidad subrogada", *Revista Española de Medicina Legal*, Vol. 40, Núm. 2 Abril. Editorial Elsevier. Madrid, 2013. Pág. 59-62.
- CATTO, M.X., "La gestation pour autrui: d'un problème d'ordre public au conflit d'intérêts?", *La Revue des droits de l'homme* (on-line), Núm. 3, 26/11/2013. Centre de Recherches et d'Études sur les Droits Fondamentaux, 2013. Disponible en: <<https://revdh.revues.org/201>>. Última consulta: 01/04/2017.
- CERDÀ SUBIRACHS, J., "La insostenible legalización de facto de la maternidad subrogada en España. A propósito de la Instrucción de 5 de octubre de 2012 de la DGRN". *Abogados de Familia*, núm. 60, sección Tribuna Abierta. Editorial La Ley. Madrid, 2011. Pág. 1-9.
- CERVILLA GARZÓN, M.J., "El avance hacia el reconocimiento del derecho a la prestación por maternidad y otros derechos sociales en los supuestos de gestación por sustitución". *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*. Núm. 188, 2016. Pág. 179-200.
- CHEN, J., "The Right to Her Embryos: An Analysis of Nahmani v. Nahmani and Its Impact on Israeli *In Vitro* Fertilisation Law", *Cardozo Journal of International and Comparative Law*. Yeshiva University, 1999.
- CHOUDHURY, C.A., "Transnational Commercial Surrogacy: Contracts, Conflicts, and the Prospects of International Legal Regulation", *Florida International University Legal Studies Research Paper Series* (on-line), Paper No. 16-18. Florida International University. Florida (EEUU), 2016. Pág. 1-28. Disponible en: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2753783>. Última consulta: 01/04/2017.
- COELHO, F.M.P., "Procriação assistida com gâmetas do casal". *Procriação Assistida. Coloquio Interdisciplinar (12-13 de Dezembro de 1991)*. Publicações do Centro de

- Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Núm. 2. Coimbra, 1993. Pág. 9-31.
- COHEN, L.G. y KRASCHEL, K.L., "Gestational Surrogacy Agreements: Enforcement and Breach". En SILLS, E.S. (Ed.), *Handbook of Gestational Surrogacy: International Clinical Practice and Policy Issues*. Cambridge University Press. Cambridge (UK), 2016. Pág. 85-92.
- COLEMAN, P., "Surrogate motherhood: analysis of the problem and suggestions for solutions", *Tennessee Law Review*, Núm. 50. University of Tennessee. Tennessee (EEUU), 1982. Pág. 71-118.
- COMISSÃO PARA O ENQUADRAMENTO LEGISLATIVO DAS NOVAS TECNOLOGIAS, *Utilização de Técnicas de Procriação Assistida (Projectos)*. Publicações do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Núm. 1. Coimbra, 1990.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, "Corregedoria regulamenta registro de criança gerada por reprodução assistida", 2016. Disponible en: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81780-corregedoria-regulamenta-registro-de-crianca-gerada-por-reproducao-assistida>. Última consulta: 17/08/2016.
- CONTRERAS LOPEZ, R.S., "La legislación mexicana civil y la maternidad sustituta", *Cirujano General*, Vol. 35, Supl. 2., 2013. Pág. 155-159.
- COOK, R. et al., *Surrogate Motherhood: International Perspectives*, Hart publishing, Oxford and Portland (Oregon), 2003.
- CORDERO ÁLVAREZ, C.I., "Adopción en Europa y efectos de la *Kafâla* en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos". *Anuario español de Derecho internacional privado*, tomo XII. Marcial Pons. Madrid, 2012. Pág. 455-489.
- CORERA IZU, M., "Maternidad subrogada: la solución única, de momento, el registro civil". *Diario La Ley*, núm. 8813 (Sección Doctrina), 28 julio 2016. La Ley. Madrid, 2016.
- "Abandonados, apátridas y sin padres". *Diario La Ley*, núm. 8345 (Sección Doctrina), 2 julio 2014. La Ley. Madrid, 2014.
- CORK, M.: "Swiss court refuses to recognise surrogacy". *BioEdge. Bioethic news from around the world*. New Media Foundation Ltd. North Strathfield (Australia), 2015.
- CORRAL GARCÍA, E., "El derecho a la reproducción humana ¿Debe permitirse la maternidad subrogada?", *Revista de Derecho y Genoma Humano*, Núm. 38, enero-junio 2013. Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano. Universidad de Deusto. Bilbao (Bizkaia), 2013. Pág. 45-69.

- COSTA, M. y LIMA, C.S., “A maternidade de substituição à luz dos direitos fundamentais de personalidade”. *Lex Medicinæ, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*. Núm. 10. Coimbra Editora. Coimbra, 2012. Pág. 237-289.
- CRUZ, R.M., “O estabelecimento da filiação e a Constituição da República Portuguesa – alguns pontos de discussão”. *Cadernos de Direito Actual*, Núm. 5. Facultad de Derecho de la Universidad de Santiago de Compostela. Santiago de Compostela, 2017. Pág. 11-24.
- D’IPPOLITO, C., “Gestação por substituição: a possibilidade do uso dessa técnica científica à luz do ordenamento jurídico brasileiro”. Jusbrasil, 2013. Disponible en: <<http://cladipp.jusbrasil.com.br/artigos/111876296/gestacao-por-substituicao-a-possibilidade-do-uso-dessa-tecnica-cientifica-a-luz-do-ordenamento-juridico-brasileiro>>. Última consulta: 17/08/2016.
- DA SILVA, P.M. y COSTA, M., *A Lei da Procriação Medicamente Assistida Anotada (e legislação complementar)*. Coimbra Editora. Coimbra, 2011.
- DANA, A.R., “The State of Surrogacy Laws: Determining Legal Parentage for Gay Fathers”, *Duke Journal of Gender Law & Policy*, Vol. 18. Duke University School of Law. Durham (EEUU), 2011. Pág. 353-390.
- DE ALCANTARA, M., “Maternidade de Substituição no Estrangeiro: Filiação com ou sem fronteiras?”. *Lex Medicinæ, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 8, Núm. 16. Coimbra Editora. Coimbra, 2011. Pág. 99-105.
- DE ARAUJO, N. et al., “4. Brazil”, en TRIMMINGS, K. y BEAUMONT, P. (Coord.), *International Surrogacy Arrangements. Legal Regulation at the International Level*. Hart publishing, Oxford and Portland (Oregon), 2013. Pág. 94-100.
- DE CASTRO JIMÉNEZ, J., Ponencia sobre adopción internacional. Colegio de Abogados de Madrid. 20 de junio de 2016. Disponible en: <<https://vimeo.com/172929011>>. Última consulta: 06/12/2016.
- DE GRADO GONZÁLEZ, M., “Semen, óvulos y úteros nómadas. Representaciones sobre mujer, maternidad y nuevas técnicas de reproducción asistida”. *Icono14*, Vol. 9, Núm. 1. Madrid, 2011. Pág. 161-174.
- DE LA IGLESIA MONJE, M.I., “Reflexiones en torno a los nuevos derechos y el principio del interés superior del menor (Su evolución en los Tribunales de Justicia)”. *Diario La Ley*, núm. 8395 (Sección Doctrina), 9 octubre 2014. La Ley. Madrid, 2014.
- DE LOS SANTOS MOLINA, M.J., “Artículo 10. Gestación por sustitución. Comentario científico”, en LLEDÓ YAGÜE, F. y OCHOA MARIETA, C. (Dir.), *Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo)*. Dykinson. Madrid, 2007. Pág. 90.

- DE MAGALHÃES, A.S. y ABREU, L.C., “A europeização do Direito Constitucional português em matéria de direitos fundamentais - O caso do direito à identidade genética”. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto*, Vol. 2, Núm. 2. Porto, 2013. Pág. 24-54.
- DE MIGUEL ASENSIO, P.A., “Coordinación de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil con la legislación especial”. *Revista española de Derecho internacional*, Vol. 68/1 (enero-junio 2016). Asociación internacional de Profesores de Derecho internacional y Relaciones internacionales. Madrid, 2016. Pág. 99-108.
- DE OLIVEIRA, G., “Mães “hospedeiras”. Tópicos para uma intervenção”. *Procriação Assistida. Coloquio Interdisciplinar (12-13 de Dezembro de 1991)*. Publicações do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Núm. 2. Coimbra, 1993. Pág. 67-72.
- “Legislar sobre Procriação Assistida”. *Procriação Assistida. Coloquio Interdisciplinar (12-13 de Dezembro de 1991)*. Publicações do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Núm. 2. Coimbra, 1993. Pág. 73-97.
- “Mãe há só [uma] duas!: O contrato de gestação”. Coimbra editora. Coimbra, 1992.
- DE TORRES PEREA, J.M., “Comentario de la STS de 6 de febrero de 2014 sobre maternidad por sustitución desde la perspectiva del interés del menor”. *Diario La Ley*, núm. 8281 (Sección Doctrina), 28 marzo 2014. La Ley. Madrid, 2014.
- DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., “Efectos jurídicos en España del acogimiento de Derecho islámico («kafala»)”. *Diario La Ley*, núm. 7393 (Sección Doctrina), 3 mayo 2010. La Ley. Madrid, 2010.
- DIAGO DIAGO, M.P., “La Kafala Islámica en España”. *Cuadernos de Derecho transnacional*, Vol. 2, Núm. 1 (Marzo 2010). Área de Derecho internacional privado de la Universidad Carlos III. Madrid, 2010. Pág. 140-164.
- “La concepción islámica de la familia y sus repercusiones en el Derecho internacional privado español”. *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, Núm. 6. Instituto Aragonés de la Mujer. Zaragoza, 2001. Pág. 6-13.
- DIAZ BERNAL, Z. y GARCÍA JORDÁ, D., “La perspectiva de género y la relación médico-paciente para el problema de la infertilidad”. *Revista Cubana de Salud Pública*, Vol. 37, Núm. 1. Ciudad de La Habana, 2011. Disponible en: http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0864-34662011000100009.
- Última consulta: 12/09/2016. Pág. 1-9.

- DÍAZ FRAILE, J.M., "Problemas actuales de la adopción internacional". *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (AFDUAM)*, Núm. 15 (2011) - El menor ante el Derecho en el Siglo XXI. Universidad Autónoma de Madrid. Madrid, 2011. Pág. 125-141.
- DÍAZ MARTÍNEZ, A., *Régimen jurídico de la reproducción asistida en España: el proceso legal de reformas*. Dykinson. Madrid, 2006.
- DICKENS, B.M., "Servicios de salud reproductiva y el derecho y ética de la objeción de conciencia". *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, Vol. 13. Buenos Aires (Argentina), 2009. Pág. 2-9.
- DÍEZ-PICAZO, L. et al., "Problemas civiles que plantea la inseminación artificial y la fecundación *in vitro*". *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, Suplemento núm. 3/1986, de 15 de enero. Madrid, 1986.
- DÍEZ SOTO, C., "Artículo 5. Donantes y contratos de donación. Comentario jurídico", en LLEDÓ YAGÜE, F. y OCHOA MARIETA, C. (Dir.), *Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo)*. Dykinson. Madrid, 2007. Pág. 88-97.
- DIRECCIÓN GENERAL DE POLÍTICA SOCIAL, DE LAS FAMILIAS Y DE LA INFANCIA. *Boletín de Datos Estadísticos de Medidas de Protección a la Infancia (Datos 2009)*. Boletín Estadístico 12 (2010). Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad. Madrid, 2011. Pág. 23. Disponible en: http://www.observatoriodelainfanciadeasturias.es/documentos/proteccion_12.pdf. Última consulta: 16/01/2016.
- DOMÍNGUEZ LOZANO, P., "Nuevas estructuras familiares en la Unión Europea". *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (AFDUAM)*, Núm. 10 (2007) - Derecho, sociedad y familia: cambio y continuidad. Madrid, 2007. Pág. 189-206.
- DONELLY, D. et al., *Report of the Commission on Assisted Human Reproduction*. Ireland, 2005. Disponible en: <http://health.gov.ie/wp-content/uploads/2014/03/Report-of-The-Commission-on-Assisted-Human-Reproduction.pdf>. Última consulta: 08/09/2016.
- DRAPKIN, I., "Los "Códigos" pre-hamurábicos". *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. 35, Núm. 2. Ministerio de Justicia, 1982. Pág. 325-346.
- DRUZENKO, G., "22. Ukraine", en TRIMMINGS, K. y BEAUMONT, P. (Coord.), *International Surrogacy Arrangements. Legal Regulation at the International Level*. Hart publishing, Oxford and Portland (Oregon), 2013. Pág. 319-326.
- DUARTE, T., *In Vitro Veritas? A Procriação Medicamente Assistida na Constituição e na Lei*. Almedina. Coimbra, 2003.

- DUPLA MARTIN, M.T., “El principio mater semper certa est ¿a debate?. La nueva legislación sobre reproducción asistida y sus consecuencias”. En RESINA SOLA, P., *Fundamenta Iuris. Terminología, principios e interpretatio*. Universidad de Almería. Almería, 2012. Pág. 309-320.
- DURÁN AYAGO, A., “Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Mennesson c. France (n.º 65192/11) y caso Labassee c. France (n.º 65941/11), de 26 de junio de 2014. Interés superior del menor y gestación por sustitución”. *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 2, diciembre 2014. Ediciones Universidad de Salamanca, 2014.
- “Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil Pleno, 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (ROJ: STS 247/2014). Gestación por sustitución: problemas en la determinación de la filiación en España”. *Ars Iuris Salmanticensis*, Vol. 2, diciembre 2014. Salamanca, 2014. Pág. 277-282.
- “Valoración del proyecto presentado por el gobierno para regular la filiación de los niños nacidos por gestación subrogada”, 2013. Disponible en: <<http://www.gestacion-subrogada.com/valoracion-proyecto-de-ley-registro>>. Última consulta: 10/01/2017.
- “El acceso al Registro Civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la Ley 20/2011: relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución”. *Anuario español de Derecho internacional privado*, tomo XII. Marcial Pons. Madrid, 2012. Pág. 265-308.
- “El interés del menor como principio inspirador de la adopción internacional”. *Anuario de la Facultad de Derecho*, núm. 18. Universidad de Extremadura, 2010. Pág. 355-366.
- EDWARDS, M. y ROGERSON, C., “Surrogacy: National Approaches and International Regulation”. *Family Law Week* (on-line), 01/09/2011. Law Week Limited, 2011. Disponible en: <<http://www.familylawweek.co.uk/site.aspx?i=ed87773>>. Última consulta: 17/01/2017.
- EKRAKSASILPCHAI, P., “Thailand: New Surrogacy Law”, *Global Legal Monitor*, 06/04/2015. The Law Library of Congress (US Congress), 2015.
- ESCOBAR FORNÓS, I., “Derecho a la reproducción humana (inseminación y fecundación *in vitro*)”, *Cuestiones Constitucionales*, Núm. 16, enero-junio 2007. México, 2007. Pág. 137-158.
- ESPINAR VICENTE, J.M., “Nuevas reflexiones en torno a la heterodoxa doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado. La gestación por sustitución y el amparo a los actos en fraude de ley”. En ESPLUGUES MOTA, C. et al. (Coord.), *Nuevas fronteras al Derecho de la Unión Europea, Liber Amicorum José Luis Iglesias Buhigues*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2012. Pág. 589-604.

- ESPLUGUES MOTA, C., “Filiación”, en ESPLUGUES MOTA, C. e IGLESIAS BUHIGUES, J.L., *Derecho internacional privado*, 3ª edición. Tirant lo Blanch. Valencia, 2009. Pág. 309-335.
- ESTEBAN DE LA ROSA, G., *Regulación de la Adopción Internacional. Nuevos problemas, nuevas soluciones*. Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 2007.
- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, “Questions and Answers on the Paradiso and Campanelli v. Italy judgment (27 January 2015)”, 2015. Disponible en: <http://www.echr.coe.int/Documents/Press_Q_A_Paradiso_and_Campanelli_ENG.pdf>. Última consulta: 31/08/2016.
- EUROPEAN SOCIETY OF HUMAN REPRODUCTION AND EMBRYOLOGY (ESHRE), “Comparative Analysis of Medically Assisted Reproduction in the EU: Regulation and Technologies (SANCO/2008/C6/051)”. European Commission. Grimbergen (Belgium), 2008. Disponible en: <http://ec.europa.eu/health/blood_tissues_organs/docs/study_eshre_en.pdf>. Última consulta: 24/08/2016.
- FAMA, M.V., “El derecho a la identidad del hijo concebido mediante técnicas de reproducción humana asistida en el proyecto de Código Civil y comercial de la nación”, *Lecciones y Ensayos*, Núm. 90. Universidad de Buenos Aires (UBA). Buenos Aires, 2012. Pág. 171-195.
- FARNÓS AMORÓS, E., “La filiación derivada de la reproducción asistida: voluntad y biología”, *ADC (Anuario de Derecho Civil)*. Vol. 68, Núm. 1. Ministerio de Justicia. Madrid, 2015. Pág. 5-61.
- “Surrogacy arrangements in a global world: the case of Spain”. *International Family Law*. Marzo 2013. Jordan Publishing. Bristol (UK), 2013. Pág. 68-72.
- *Consentimiento a la Reproducción Asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones*. Atelier Libros Jurídicos. Barcelona, 2011.
- “European Society of Human Reproduction and Embryology 26th Annual Meeting. Roma, 27-30 de junio, 2010”. *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3/2010. Barcelona, 2010. Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/751_es.pdf>. Última consulta: 19/02/2017.
- FARNÓS AMORÓS, E. y GARRIGA GORINA, M., “¿Madres? Pueden ser más de una”. *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4/2005. Barcelona, 2015. Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/306_es.pdf>. Última consulta: 19/02/2017.
- FENTON-GLYNN, C., “Review article: Human Rights and Private International Law: Regulating International Surrogacy”, *Journal of Private International Law*, Vol. 10, Núm. 1. Taylor & Francis, 2014. Pág. 157-169.

- FERNANDEZ ECHEGARAY, L., *El derecho a la identidad: tratamiento especial del derecho a conocer los orígenes biológicos y genéticos en las distintas formas de maternidad*, Tesis Doctoral. Universidad de Cantabria, 2016.
- FERNÁNDEZ-RIVERA GONZÁLEZ, P., “Mater semper certa est? Las instituciones familiares en el Derecho romano y en el Derecho vigente: Especial referencia a la determinación de la filiación en la maternidad subrogada”, 2016. Disponible en: <http://igualdad.uniovi.es/c/document_library/get_file?uuid=cd901892-b04d-4ddd-b00c-75d05b225cc8&groupId=336079>. Última consulta: 15/09/2016. Pág. 1-14.
- FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOSES, A.S., “Eficacia jurídico-registral del contrato de gestación subrogada”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, Núm. 6/2011. Cizur Menor (Navarra), 2011.
- FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A. (Coord.), *Comentario a la Ley 29/2015 de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil*. Wolters Kluwer, 2017.
- FERRAZ, S., *Manipulações biológicas e princípios constitucionais: uma introdução*. Fabris editor. Porto Alegre (Brasil), 1991.
- FERREIRA, M.F., “As novas regras para reprodução assistida na folha de S. Paulo”, 9º *Congreso iberoamericano de ciencia, tecnología y género*, 2011. En <www.oei.es/congresoctg/memoria/pdf/FerreiraMaria.pdf>. Última consulta: 17/08/2016.
- FERRER VANRELL, M.P., “La prohibición de la ‘maternidad subrogada’ del artículo 10 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Especial referencia al ‘acuerdo de gestación’ prestado por pareja homosexual”. En ALVENTOSA DEL RÍO, J. y MOLINER NAVARRO, R. (Coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Enrique Lalaguna Domínguez*. Universitat de València. Valencia, 2008. Pág. 461-476.
- “Artículo 10. Gestación por sustitución. Comentario jurídico”, en LLEDÓ YAGÜE, F. y OCHOA MARIETA, C. (Dir.), *Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo)*. Dykinson. Madrid, 2007. Pág. 159-166.
- FIELD, M.A., “Compensated surrogacy”. *Washington Law Review*, Vol. 89, Núm. 4. Washington University. Washington (EEUU), 2014. Pág. 1155-1184.
- FIGUEREIDO DIAS, J., *Direito Penal. Parte Geral*. Tomo I. 2ª edição. Coimbra Editora. Coimbra, 2012.
- FLORES ANARTE, L., *Las técnicas de reproducción asistida en España. ¿Mercantilización de la maternidad o empoderamiento femenino?*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2016.

- FLORES RODRÍGUEZ, J., “El derecho al subsidio por maternidad en los casos de gestación por sustitución”. *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 9 (dedicado a cuestiones sobre filiación). Wolters Kluwer, 2016. Pág. 7.
- “Vientres de alquiler: más cerca de su reconocimiento legal en Europa. Comentario a la STEDH de 26 de junio de 2014, recurso nº 65192/11”. *Diario La Ley*, núm. 8363 (Sección Tribuna), 28 julio 2014. La Ley. Madrid, 2014.
- FORTUNY BERENGUER, M., “La maternidad subrogada: un caso práctico”, *ElDerecho.com* (on-line), 24/10/2013. Lefebvre - El Derecho. Madrid, 2013. Disponible en: <http://www.elderecho.com/tribuna/www-elderecho-com/maternidad_subrogada-incricion_en_el_registro_civil_de_recien_nacidos_11_602305001.html>. Última consulta: 01/04/2017.
- GAFO, J. (Ed.), *Nuevas técnicas de reproducción humana*. Universidad Pontificia de Comillas. Madrid, 1986.
- GALLUS, N., *Le droit de la filiation. Rôle de la vérité socio-affective et de la volonté en droit belge*, Editions Larcier. Bruxelles, 2009.
- GAMBLE, N. y GHEVAERT, L., “International surrogacy: payments, public policy and media hype”, *Family Law*, Vol. 41, Núm. 5. Jordan Publishing. Bristol (UK), 2011. Pág. 504-507.
- GARAU SOBRINO, F.F., “Artículo 42. Procedimiento de *exequatur*”, en MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.P. y PALAO MORENO, G. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2017. Pág. 474-491.
- “El TEDH exige tener en cuenta el interés superior del niño nacido mediante un acuerdo de gestación por sustitución en el extranjero”, *Conflictus Legum* (on-line), 2015. Disponible en: <<http://conflictuslegum.blogspot.com.es/2015/02/el-tedh-exige-tener-en-cuenta-el.html>>. Última consulta: 01/04/2017.
- “El TEDH falla contra la prohibición de establecer un vínculo de filiación entre un padre y su hijo biológico nacido en el extranjero mediante gestación por sustitución”, *Conflictus Legum* (on-line), 2014. Disponible en: <<http://conflictuslegum.blogspot.com.es/2014/06/el-tedh-falla-contra-la-prohibicion-de.html>>. Última consulta: 01/04/2017.
- GARCÍA GARCÍA, R., “El artículo 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos”. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (AFDUAM)*, Núm. 10 (2007) - Derecho, sociedad y familia: cambio y continuidad. Madrid, 2007. Pág. 241-262.

- GARCÍA RUIZ, Y., "Sin registro de donantes de gametos: cerca de treinta años esperando su creación". *Ius et Scientia*, Vol. 1, Núm. 1. Universidad de Sevilla. Sevilla, 2015. Pág. 41-52.
- *Reproducción humana asistida. Derecho, conciencia y libertad*. Comares. Albolote (Granada), 2004.
- GARCÍA SAN JOSÉ, D., "Epigenética y gestación por sustitución: más razones a favor de una regulación internacional para un negocio global". *Anuario mexicano de Derecho internacional*, vol. XVII. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2017. Pág. 329-368.
- GARCÍA VELASCO, J.A. y SCHNEIDER, J., *Enfermería en Reproducción Humana*. Dykinson. Madrid, 2007.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *Derecho Internacional Privado*, 12ª edición. Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 2014.
- GARRITY, A., "A Comparative Analysis of Surrogacy Law in the United States and Great Britain - A Proposed Model Statute for Louisiana", *Louisiana Law Review*, Vol. 60, Núm. 3 (Spring 2000). Louisiana (EEUU), 2000. Pág. 809-832.
- GASCÓN INCHAUSTI, F., "Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras en la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil". *Cuadernos de Derecho transnacional*, Vol. 7, Núm. 2 (Octubre 2015). Área de Derecho internacional privado de la Universidad Carlos III. Madrid, 2015. Pág. 158-187.
- GERBER, P. y O'BYRNE, K., *Surrogacy, Law and Human Rights*. Routledge. New York (USA), 2016.
- GODOY VAZQUEZ, M.O., *Régimen Jurídico de la Tecnología Reproductiva y la Investigación Biomédica con Material Humano Embrionario*. Dykinson. Madrid, 2014.
- GOLDMAN, L. y SCHAFER, A.I. (Dir.), *Goldman-Cecil Medicine, 25th edition*, Vol. II. Elsevier Saunders. Philadelphia (EEUU), 2016.
- GÓMEZ BENGOCHEA, B. y BERÁSTEGUI PEDRO-VIEJO, A., "El derecho del niño a vivir en familia". *Miscelánea Comillas. Revista de Ciencias Humanas y Sociales*, Vol. 67, Núm. 130. Madrid, 2013. Pág. 175-198.
- GÓMEZ CAMPELO, E., "El Derecho de familia ante la multiculturalidad: una expresión compleja de globalización social". *Revista internacional de economía y gestión de las organizaciones*, Vol. 4, Núm. 1. Common Ground España, 2016. Disponible en: <<http://journals.epistemopolis.org/index.php/gestion/article/view/826/394>>. Última consulta: 17/03/2017.
- GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, M., *La fecundación in vitro y la filiación*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 1993.

- GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, R., “Aspectos negociales en la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida”. En GIMENO Y GÓMEZ LAFUENTE, J.L. (Coord.), *Homenaje a José María Chico Ortiz*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1995. Pág. 297-354.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *El derecho a la reproducción humana*. Marcial Pons. Madrid, 1994.
- GÓNGORA RODRÍGUEZ, A., “La donación espermática como alternativa ante el factor masculino severamente alterado”. *Revista de la Facultad de Medicina*. Vol. 49, Núm. 3. Universidad Autónoma de México, 2006.
- GONZÁLES PÉREZ DE CASTRO, M., *La verdad biológica en la determinación de la filiación*. Dykinson. Madrid, 2013.
- GONZÁLEZ DE CANSINO, E. (Coord.), *Memorias del Primer Seminario franco-andino de Derecho y Bioética*. Centro de Estudios sobre Genética y Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2003.
- GONZÁLEZ MARTÍN, N.: “Maternidad subrogada y adopción internacional”, en BRENA SESMA, I. (Coord.), *Reproducción asistida*. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2012. Pág. 163-193.
- GONZÁLEZ MORÁN, L.: “Aspectos jurídicos de la procreación asistida”, en GAFO, J. (Ed.), *Procreación humana asistida: aspectos técnicos, éticos y legales*. Universidad Pontificia de Comillas. Madrid, 1998. Pág. 111-186.
- GÖSSL, S.L., “8. Germany”, en TRIMMINGS, K. y BEAUMONT, P. (Coord.), *International Surrogacy Arrangements. Legal Regulation at the International Level*. Hart publishing, Oxford and Portland (Oregon), 2013. Pág. 134-144.
- GÖTZE, V.: *Kollisionsrechtliche Probleme der Leihmutterchaft*. Editorial Dekan Fachbereich Rechtspflege - Berlin School of Economics and Law. Berlín, 2015.
- GOUVEIA, J.P., “Gestação de Substituição: Fatores psicológicos – uma revisão sistemática da literatura”. *Dissertações de Mestrado Psicologia*. Instituto Superior Miguel Torga, Escola Superior de Altos Estudos. Coimbra, 2016. Pág. 1-27. En <<http://dspace.ismt.pt/handle/123456789/521>>. Última consulta: 07/03/2017.
- GOZZO, D. y LIGIERA, W.R., “Maternidade de substituição e a lacuna legal: questionamentos”. *Civilística.com. Revista eletrônica de Direito Civil*, A. 5, N. 1, 2016. Pág. 1-21. Disponible en: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/07/Gozzo-e-Ligiera-civilistica.com-a.5.n.1.2016.pdf>>. Última consulta: 19/03/2017.
- GRACIA, D., “Trasplante de órganos: medio siglo de reflexión ética”. *Revista Nefrología*. Vol. XXI, Supl. 4. Editorial Elsevier. Santander, 2001. Pág. 13-29.

- GUIMARAES, C.M.R.N., “Homologação de sentença estrangeira: Gestação de substituição transnacional, o caso Mennesson e a Ordem Pública no Brasil”, *Congresso Nacional do XXIII CONPEDI/UFSC*. Florianópolis (Brasil), 2014. Pág. 304-333.
- GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., “Artículo 30”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), *Comentarios al Código Civil*. Tomo I (Arts. 1 a 151). Tirant lo Blanch. Valencia, 2013. Pág. 517-528.
- GUZMÁN PECES, M., *La Adopción Internacional. Guía para adoptantes, mediadores y juristas*. La Ley. Las Rozas (Madrid), 2007.
- HANSEN, M., “As Surrogacy Becomes More Popular, Legal Problems Proliferate”, *ABA Journal*, 2011. Disponible en: http://www.abajournal.com/magazine/article/as_surrogacy_becomes_more_popular_legal_problems_proliferate/. Última consulta: 09/11/2016.
- HARDING, M., “13. Ireland”, en TRIMMINGS, K. y BEAUMONT, P. (Coord.), *International Surrogacy Arrangements. Legal Regulation at the International Level*. Hart publishing, Oxford and Portland (Oregon), 2013. Pág. 200-208.
- HARPER, J.C. et al., “The end of donor anonymity: how genetic testing is likely to drive anonymous gamete donation out of business”, *Human Reproduction*. 18/05/2016. Oxford Journals, 2016.
- HATHOUT, M.M., “Surrogacy. An Islamic perspective”, *Journal of the Islamic Medical Association of North America (JIMA)*, vol. 21, 1989. Pág. 105-107.
- HATZIS, A.N., “The Regulation of Surrogate Motherhood in Greece”. *Social Science and Research Network*, September 2010.
- “From Soft to Hard Paternalism and Back: The Regulation of Surrogate Motherhood in Greece” *Portuguese Economic Journal*, Vol. 49, No. 3. Lisboa (Portugal), 2009. Pág. 205-220.
- HENRICOT, C., “6.2. Belgium”, en BRUNET, L. (Dir.), *A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States*. European Parliament, European Union, 2013. Pág. 206-233
- HEREDIA CERVANTES, I., “La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución”, *ADC (Anuario de Derecho Civil)*. Tomo LXVI (2013, fasc. II). Ministerio de Justicia. Madrid, 2013. Pág. 687-715.
- HERRANZ BALLESTEROS, M., “Prohibiciones y limitaciones del artículo 4 de la Ley 54/2007: entre los objetivos de la norma y la realidad en su aplicación”. *Cuadernos de Derecho transnacional*, Vol. 3, Núm. 1 (Marzo 2011). Área de Derecho internacional privado de la Universidad Carlos III. Madrid, 2011. Pág. 195-213.

- HERRANZ HERGUEDAS, M. “Derecho del padre a la prestación de maternidad: gestación por sustitución. STSJ Madrid 23 diciembre 2014 (AS 2015, 406)”. *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*. Núm. 178, 2015. Pág. 337-344.
- HERVIEU, N., “La Cour européenne des droits de l’homme, stratège juridictionnel face aux enjeux brûlants de société. Gestation pour autrui, transsexualisme et mariage des couples de même sexe (Art. 8 et 12 CEDH)”, *La Revue des Droits de l’Homme* (on-line), 2014. Disponible en: <<http://revdh.revues.org/870>>. Última consulta: 01/04/2017.
- HIBINO, Y., “Implications of the legalization of non-commercial surrogacy for local kinship and motherhood in Vietnamese society”, *Reproductive BioMedicine Online*, vol. 30, febrero 2015. Reproductive Healthcare Ltd., 2015. Pág. 113-114.
- HINSON, D.S. y MC BRIEN, M., “Surrogacy across America: both the Law and the Practice”, *Family Advocate*, Vol. 34, Núm. 2. American Bar Association. Chicago, 2011. Pág. 32-36.
- HUALDE SÁNCHEZ, J.J., “La personalidad”, en PUIG I FERRIOL, L. et al., *Manual de Derecho civil*, Tomo I. Marcial Pons. Madrid, 1997. Pág. 108-128.
- ICMART y OMS, “Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA). Versión revisada y preparada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS)”. Organización Mundial de la Salud, 2010. Disponible en: <http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology_es.pdf?ua=1>. Última consulta: 14/09/2016.
- IGAREDA GONZÁLEZ, N., “La donación anónima de gametos para reproducción humana asistida en España: problemas y retos”. *Revista de Bioética y Derecho*. Núm. 38. Universidad de Barcelona. Barcelona, 2016. Pág. 71-86.
- “La inmutabilidad del principio “mater semper certa est” y los debates actuales sobre la gestación por sustitución en España”, *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, Núm. 21 (enero 2015). Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Getafe (Madrid), 2015. Pág. 3-19.
- “From Soft to Hard Paternalism and Back: The Regulation of Surrogate Motherhood in Greece” *Portuguese Economic Journal*, Vol. 49, No. 3. Lisboa (Portugal), 2009. Pág. 205-220.
- IGLESIAS BUHIGUES, J.L., “Artículo 41. Ámbito de aplicación”, en MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.P. y PALAO MORENO, G. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2017. Pág. 467-473.

- “Artículo 46. Causas de denegación del reconocimiento”, en MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.P. y PALAO MORENO, G. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2017. Pág. 527-543.
- IGLESIAS DE USSEL, J., “La situación de la familia en España y los nuevos modelos familiares”, en IGLESIAS DE USSEL, J. (Coord.), *Situación social de la mujer en España*. Instituto de la Mujer. Madrid, 1986. Pág. 65-128.
- ISLAM, S. et al., “Ethics of Surrogacy: A Comparative Study of Western Secular and Islamic Bioethics”, *Journal of the Islamic Medical Association of North America* (online), vol. 44. EEUU, 2012. Disponible en: <<http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3708631/>>. Última consulta: 01/04/2017.
- JAMES, E., “Sarah, Hagar, and their interpreters”, en NEWSOM, C.A. et al. (Coord.), *Women's Bible Commentary*, 3rd. Edition. Westminster John Knox Press. Louisville-Kentucky, 2012. Pág. 51-55.
- JIMÉNEZ BONILLA, R., “La Bioética. Una necesidad en el mundo actual”. *Revista Médica del Hospital Nacional de Niños Dr. Carlos Sáenz Herrera*, Vol. 39, Núm. 2. San José de Costa Rica, 2004. Pág. 63-68.
- JIMÉNEZ MARTÍNEZ, M.V., “La inscripción de la filiación derivada de la gestación por sustitución. Problemas actuales”. *Anuario de la Facultad de Derecho*, vol. V. Universidad de Alcalá, 2012. Pág. 365-381.
- JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J., *La reproducción asistida y su régimen jurídico*. Reus. Madrid, 2012.
- JOHNSON, C., “Vietnam: New Family Law Adopted”, *Global Legal Monitor*, 15/09/2015. The Law Library of Congress (US Congress), 2015.
- JONSEN, A.R. et al., *Source Book in Bioethics*. Georgetown University Press. Washington D.C., 1998.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. et al., “Filiación derivada de la reproducción humana asistida. Derecho a conocer los orígenes, a la información y al vínculo jurídico”. *Revista Jurídica La Ley*, Vol. 50 (09/10/2012). Thomson La Ley, 2012.
- KEYES, M., “2. Australia”, en TRIMMINGS, K. y BEAUMONT, P. (Coord.), *International Surrogacy Arrangements. Legal Regulation at the International Level*. Hart publishing, Oxford and Portland (Oregon), 2013. Pág. 43-63.
- KHAN, S.M., *Reproducing Jews. A cultural account of assisted reproduction in Israel*. Duke University Press. Durham and London, 2000.

- KHAZOVA, O., "19. Russia", en TRIMMINGS, K. y BEAUMONT, P. (Coord.), *International Surrogacy Arrangements. Legal Regulation at the International Level*. Hart publishing, Oxford and Portland (Oregon), 2013. Pág. 281-292.
- "6.9. Russia", en BRUNET, L. (Dir.), *A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States*. European Parliament, European Union, 2013. Pág. 333-338.
- KINDREGAN, C.P. y McBRIEN, M., *Assisted Reproductive Technology. A Lawyer's Guide to Emerging Law and Science*. ABA Publishing. Chicago (Illinois), 2011.
- KOUNOUGERI-MANOLEDAKI, E., "Surrogate Motherhood in Greece (according to the New Law on Assisted Reproduction)". *International Survey of Family Law*, 2005 Edition. Jordan Publishing, 2005. Pág. 267-278.
- LACADENA CALERO, J.R., "Glosario de términos científicos referentes a la reproducción humana, en sus aspectos biológicos naturales y artificiales", en GAFO, J. (Ed.), *Nuevas técnicas de reproducción humana*. Universidad Pontificia de Comillas. Madrid, 1986. Pág. 169-229.
- LACRUZ BERDEJO, J.L. et al., *Elementos de Derecho civil*, Tomo I (Parte General). Vol. 2º (Personas), 6ª edición -revisada y puesta al día por J. RAMS-. Dykinson. Madrid, 2010.
- LAMM, E., "Una vez más sobre gestación por sustitución, porque sin marco legal se siguen sumando violaciones a derechos humanos". *Ars Iuris Salmanticensis*, Vol. 1, junio 2016. Salamanca, 2016. Pág. 61-107.
- *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Universitat de Barcelona, Publicacions i Edicions. Barcelona, 2013.
- "16. México", en TRIMMINGS, K. y BEAUMONT, P. (Coord.), *International Surrogacy Arrangements. Legal Regulation at the International Level*. Hart publishing, Oxford and Portland (Oregon), 2013. Pág. 231-246.
- "Gestación por sustitución. Realidad y Derecho". *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3/2012. Barcelona, 2012. Disponible en: http://www.indret.com/pdf/909_es.pdf. Última consulta: 19/02/2017.
- LASARTE ÁLVAREZ, C., "La reproducción asistida y la prohibición legal de maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria". *Diario La Ley*, núm. 7777 (Sección Doctrina), 17 enero 2012. La Ley. Madrid, 2012.
- *Derecho de familia*, Tomo VI de los principios de Derecho civil, 9ª edición. Marcial Pons. Madrid, 2010.
- LAWRENCE, D.E., "Surrogacy in California: Genetic and Gestational Rights". *Golden Gate University Law Review*, Vol. 21, Iss. 3. San Francisco, 1991. Pág. 525-557.

- LEONSEGUI GUILLOT, R.A., “Problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de reproducción asistida”. *Boletín de la Facultad de Derecho*, Núm. 8-9. UNED. Madrid, 1995. Pág. 237-264.
- “La maternidad portadora, sustituta, subrogada o de encargo”. *Boletín de la Facultad de Derecho*, Núm. 7. UNED. Madrid, 1994. Pág. 317-338.
- LEVUSH, R., “Israel: Reproduction and Abortion: Law and Policy”, *Global Legal Research Center*. The Law Library of Congress (US Congress), 2012.
- LIFSHITZ, S., “Neither Nature nor Contract: Toward an Institutional Perspective on Parenthood Essay”. *The Law & Ethics of Human Rights*, Vol. 8, Núm. 2. College of Law & Business. Ramat Gan (Israel), 2014. Pág. 297-333.
- LLEDÓ YAGÜE, F., “Reflexiones personales en torno a la fecundación post mortem y la maternidad subrogada: el examen de algunos supuestos de la práctica jurídica”, en DÍAZ MARTÍNEZ, A. (Coord.), *Régimen jurídico-privado de la reproducción asistida en España: el proceso legal de reformas*. Dykinson. Madrid, 2006. Pág. 155-176.
- LLEDÓ YAGÜE, F. et al., *Comentarios Científico-Jurídicos a la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo)*. Dykinson. Madrid, 2007.
- LÓPEZ-GALVEZ, J.J. et al., “Donación de ovocitos”, *Revista Mexicana de Medicina de la Reproducción*, Vol. 6, Núm. 3. México, 2014. Pág. 145-157.
- LÓPEZ-MEDEL, J., “Una reforma insuficiente”. *Escritura Pública*, núm. 48. Consejo General del Notariado. Madrid, 2007. Pág. 37.
- LÓPEZ PELÁEZ, P. “Filiación y reproducción asistida”, en RAVETLLAT BALLESTE, I. (Coord.), *Derecho de la persona*. Editorial Bosch. Barcelona, 2011. Pág. 89-136.
- “Aproximación jurídica al acuerdo de gestación por sustitución (“madres de alquiler”) en el Derecho español”. En ALVENTOSA DEL RÍO, J. y MOLINER NAVARRO, R. (Coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Enrique Lalaguna Domínguez*. Universitat de València. Valencia, 2008. Pág. 661-676.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, M.T. et al., *Informe del Comité de Bioética de España sobre los Aspectos Éticos y Jurídicos de la Maternidad Subrogada*. Comité de Bioética de España. Madrid, 2017. Disponible en: http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.002.pdf. Última consulta: 27/05/2017.
- LOUREIRO, J.C., “Outro Útero é Possível: Civilização (da técnica), Corpo e Procriação. Tópicos de um Roteiro em torno da Maternidade de Substituição”, en ANDRADE, M.D.C. (Coord.), *Direito Penal: Fundamentos Dogmáticos e Político-Criminais*.

- Homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld*. Coimbra Editora. Coimbra, 2013. Pág. 1387-1430.
- LOUREIRO, M.L., “Comentario jurisprudencial. El reconocimiento extraterritorial de la maternidad subrogada en Francia ¿en busca de una respuesta?”. *Revista iberoamericana de Derecho internacional y de la integración* (on-line), Núm. 1, 26/11/2014. IJ International Legal Group S.A., Lavalle (Argentina), 2014. Disponible en:
<<http://www.ijeditores.com.ar/pop.php?option=articulo&Hash=2177d410c227142aa4eec06782ca816>>. Última consulta: 01/04/2017.
- MADDEN, D., *Medicine, Ethics and the Law*. Bloomsbury Professional Limited. Dublin (Ireland), 2011.
- MARCHAL ESCALONA, N., “La *Kafala* marroquí: problemas de ayer, hoy y mañana”. *Revista internacional de doctrina y jurisprudencia*, Vol. 3 (julio 2013). Universidad de Almería. Almería, 2013. Disponible en:
<http://www.ual.es/revistas/RevistaInternacionaldeDoctrinayJurisprudencia/pdfs/2013-07/articulos_la-kafala-marocui.pdf>. Última consulta: 17/03/2017.
- MARCOS DEL CANO, A.M. (Coord.), *Bioética y derechos humanos*, Universidad Nacional de Educación a Distancia. Madrid, 2012.
- MARRE, D. y SAN ROMAN, B., “El “interés superior” de la niñez en la adopción en España: entre la protección, los derechos y las interpretaciones”. *Scripta Nova. Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*, Vol. XVI, Núm. 395 (9). Universidad de Barcelona. Barcelona, 2012. Disponible en: <<http://www.ub.edu/geocrit/sn/sn-395/sn-395-9.htm>>. Última consulta: 13/09/2016.
- MARTÍNEZ-CALCERRADA, L., *Derecho tecnológico. La nueva inseminación artificial (Estudio Ley 22 de noviembre 1988)*. Central Artes Gráficas, S.A. Torrejón de Ardoz (Madrid), 1989.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., “Artículos 29 a 34”, en RAMS ALBESA, J. y MORENO FLÓREZ, R.M. (Coord.), *Comentarios al Código Civil*. Tomo II, Vol. 1º Libro Primero (Títulos I a IV). Editorial Bosch. Barcelona, 2000. Pág. 237-353.
— *Diagnóstico sobre el Derecho de familia*, Ediciones Rialp. Madrid, 1996.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, L., “Maternidad subrogada: una mirada a su regulación en México”. *Dikaion*, vol. 24, núm. 2. Chía (Colombia), 2015. Pág. 353-382.
- MARTÍNEZ-PEREDA RODRIGUEZ, J.M. y MASSIGOGUE BENEIGU, J.M., *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho español*. Dykinson. Madrid, 1994.

- MARTÍN MORATO, M., “El nuevo Registro Civil. Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil”. *Revista Jurídica de Castilla y León*. Núm. 30. Junta de Castilla y León. Valladolid, 2013. Pág. 6-41.
- MARTINS, A., “Gestação por substituição: regime jurídico no direito brasileiro”, *Jusbrasil* (on-line), 2016. Disponible en: <http://alinemartinssantos.jusbrasil.com.br/artigos/334345618/gestacao-por-substituicao-regime-juridico-no-direito-brasileiro?ref=topic_feed>. Última consulta: 01/04/2017.
- MATORRAS, R., “Reproductive exile versus reproductive tourism”, *Human Reproduction*, Vol. 20, Iss. 12. Oxford Journals, 2005. Pág. 3571.
- MC BRIDE, D.E. y PARRY, J.A., *Women’s Rights in the USA. Policy Debates and Gender Roles* (5th edition). Routledge. New York, 2016. Pág. 92-110.
- MÉNDEZ BAIGES, V. y SILVEIRA GORSKI, H.C., *Bioética y Derecho*. UOC. Barcelona, 2007.
- MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.P. y PALAO MORENO, G. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2017.
- MIR CANDAL, L., “La “maternidad intervenida”. Reflexiones en torno a la maternidad subrogada”. *Revista Redbioética*, Vol. 1. UNESCO, 2010. Pág. 174-188.
- MIRANDA, J. y MEDEIROS, R., *Constituição Portuguesa Anotada*. Tomo I. 2ª edição. Coimbra Editora. Coimbra, 2010.
- MITROSSILI, M. “Medically Assisted Reproduction”, *Hellenic Medicine*, Vol. 24, No. 6. Athens (Greece), 2007.
- MOHAPATRA, S., “Stateless Babies & Adoption Scams: A Bioethical Analysis of International Commercial Surrogacy”, *Berkeley Journal of International Law*, Vol. 30, Iss. 2. Berkeley Law. University of California (EEUU), 2012. Pág. 412-450.
- MONCÓ REBOLLO, B. y RIVAS, A.M., “La importancia de nombrar. El uso de la terminología de parentesco en las familias reconstituidas”. *Gazeta de Antropologia*, núm. 23. Granada, 2007. Disponible en: <http://www.ugr.es/~pwlac/G23_23Beatriz_Monco_y_AnaMaria_Rivas.html>. Última consulta: 29/09/2016.
- MONTERO AROCA, J. et al., *El nuevo proceso civil (Ley 1/2000)*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2000.
- MOREIRA, V. y CANOTILHO, J.J.G., *Constituição da República Portuguesa - Anotada*. Vol. I. 4ª edição. Coimbra Editora. Coimbra, 2007.

- MORIS DE LA TASSA, J. et al. "Identificación inequívoca de pacientes ingresados en hospitales del Sistema Nacional de Salud". *Medicina Clínica*, Núm. 131, Supl. 3. Barcelona, 2008. Pág. 72-78.
- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, 20ª Edición. Tirant lo Blanch. Valencia, 2015.
- MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, L.F., "La gestación por sustitución: un fraude a la adopción (tras la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014)". *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (AFDUAM)*, Núm. 18 (2014) - Las fronteras del Derecho biosanitario. Madrid, 2014. Pág. 289-329.
- NANCLARES VALLE, J., "La filiación en caso de gestación heteróloga por error". *Actualidad Civil*, núm. 7, 2015. Editorial La Ley. Madrid, 2015.
- NAVARRO-VALLS, R. Y MARTÍNEZ-TORRÓN, J., *Conflictos entre Ley y conciencia*, 2ª ed. Iustel. Madrid, 2012.
- NEOFYTOU, A., "6.1. Australia", en BRUNET, L. (Dir.), *A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States*. European Parliament, European Union, 2013. Pág. 200-205
- "6.5. Greece", en BRUNET, L. (Dir.), *A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States*. European Parliament, European Union, 2013. Pág. 277-293.
- "6.10. South Africa", en BRUNET, L. (Dir.), *A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States*. European Parliament, European Union, 2013. Pág. 339-350.
- NEURAZ, A., "La gestation pour autrui en France et dans le monde", *La Lettre du Gynécologue*, Núm. 371. Edimark. Courbevoie Cedex (Francia), 2012. Pág. 28-33.
- NEVES, M.C.P., "Mudam-se os tempos, Manda a vontade. O desejo e o direito a ter um filho". *Estudos de Direito da Bioética*, Vol. III. Almedina. Coimbra, 2009. Pág. 131-150.
- NIAZI, S.M., "Islamic Law and the Surrogate Mother", *Islamabad Law Review*. International Islamic University. Islamabad (Pakistán), 2014. Pág. 25-38.
- NIDITCH, S., "Genesis" en NEWSOM, C.A. et al. (Coord.), *Women's Bible Commentary*, 3rd. Edition. Westminster John Knox Press. Louisville-Kentucky, 2012. Pág. 27-45.
- NÚÑEZ, R., FEITO, L. y ABELLÁN, F. (Coord.), "Propuesta de Bases Generales para la Regulación en España de la Gestación por Sustitución". Sociedad Española de Fertilidad (SEF), abril 2016. Disponible en: <<http://www.sefertilidad.net/docs/grupos/etica/propuestaBases.pdf>>. Última consulta: 09/01/2016.
- O'CONNOR, R., "First Irish pregnancies after IVF with gestational carrier". *Irish medical journal*, Vol. 102, no. 4. Dublin (Ireland), 2009. Pág. 126.

- OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE (OFJ), “Rapport du Conseil fédéral du 29 novembre 2013, en exécution du postulat 12.3917 du 28 septembre 2012”, 2013. Disponible en: <<https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2013/2013-11-29/ber-br-f.pdf>>.
Última consulta: 06/05/2016.
- OLABARRIA MUÑOZ, E., “Reflexiones sobre la adopción internacional”. *Escritura Pública*, núm. 62. Consejo General del Notariado. Madrid, 2010. Pág. 48-49.
- OLIVA BLÁZQUEZ, F., “Prólogo”, en FLORES ANARTE, L., *Las técnicas de reproducción asistida en España. ¿Mercantilización de la maternidad o empoderamiento femenino?*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2016. Pág. 9-11.
- ORDÁS ALONSO, M., “El nuevo sistema de protección de menores en situación de riesgo o desamparo como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 26/2015, de 28 de julio”. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, num.9/2016. Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 2016.
- OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., “Reconocimiento en España de la filiación creada en el extranjero a través de una maternidad de sustitución”. *Iguales y diferentes ante el Derecho privado*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2012. Pág. 465-516.
- OROBITG, G. et al., “El cuerpo (re) productivo. Interés económico y altruismo social en las experiencias de un grupo de mujeres donantes de óvulos”. *Revista andaluza de antropología*, Núm. 5: Aportaciones y potencialidades de la antropología de la salud. Sevilla, 2013. Pág. 91-104.
- ORTIZ VIDAL, M.D., “La *kafala* islámica: institución jurídica protegida en España por la prestación social de orfandad”, en COMBALÍA, Z. et al. (Coord.), *Derecho e Islam en una Sociedad Globalizada*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2016. Pág. 260-296.
- “La gestación por sustitución y las prestaciones sociales por maternidad / paternidad en España y la novísima jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”. *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*. Núm. 180. Thomson Reuters-Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 2015. Pág. 241-266.
- PALACIOS, J., *La aventura de adoptar. Guía para solicitantes de adopción internacional*. Ministerio de Sanidad y Política Social. Madrid, 2010. Pág. 93. Disponible en: <<https://www.msssi.gob.es/ssi/familiasInfancia/docs/AccesibleLaAventuraDeAdoptar.pdf>>. Última consulta: 17/01/2017.
- PALMER, E.: “Austria: Reform of Citizenship Law”. *Global Legal Monitor*, 13/08/2013. The Law Library of Congress (US Congress), 2013.
- PARADELA AREÁN, P., “Breve comentario a la Ley 54/2007 de Adopción Internacional”, *Revista electrónica de estudios internacionales* (on-line), Núm. 16 (2008). Asociación Española de Profesores de Derecho internacional y Relaciones internacionales, 2008.

- Pág. 1-12. Disponible en: http://www.reei.org/index.php/revista/num16/archivos/PARADELA_Paula.pdf. Última consulta: 01/04/2017.
- PARIZER, K., "6.4. Germany", en BRUNET, L. (Dir.), *A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States*. European Parliament, European Union, 2013. Pág. 267-276
- PARRÓN CAMBERO, M.J., "Ventre de alquiler: mater semper certa est, pater semper incertus est". *Diario La Ley*, núm. 8269 (Sección Doctrina), 12 marzo 2014. La Ley. Madrid, 2014.
- PENNINGS, G., "Belgian law on medically assisted reproduction and the disposition of supernumerary embryos and gametes". *European Journal of Health Law*, Vol. 14, Iss. 3. Brill. Leiden (Países Bajos), 2008. Pág. 251-260.
- PERÉ RALUY, J. "La filiación y el Registro Civil", *ADC (Anuario de Derecho Civil)*, Vol. 9, Núm. III. Ministerio de Justicia. Madrid, 1956. Pág. 861-884.
- PEREIRA, A.G.D., *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*. Coimbra Editora. Coimbra, 2015.
- PÉREZ MONGE, M., "Cuestiones actuales de la maternidad subrogada en España: regulación versus realidad", *Revista de Derecho Privado*. Editorial Reus. Madrid, 2010. Pág. 41-64.
- "Comentario a la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, por la que se modifica la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida", *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, Núm. 14. Instituto Aragonés de la Mujer y Universidad de Zaragoza. Zaragoza, 2004. Pág. 23-31.
- *La Filiación Derivada de Técnicas de Reproducción Asistida*. Colegio de Registradores de la Propiedad. Madrid, 2002.
- PÉREZ SOLÁ, N. et al., *Principios y derechos constitucionales de la personalidad*, Tirant lo Blanch. Valencia, 2010.
- PERMANENT BUREAU (HCCH), "A preliminary report on the issues arising from international surrogacy arrangements". *Hague Conference on Private International Law*. The Hague, 2012. Pág. i.
- PERREAU-SAUSSINE, L. y SAUVAGE, N., "7. France", en TRIMMINGS, K. y BEAUMONT, P. (Coord.), *International Surrogacy Arrangements. Legal Regulation at the International Level*. Hart publishing, Oxford and Portland (Oregon), 2013. Pág. 124-133.

- PETERSEN, K., “Cross Border Commercial Surrogacy: a Global Patchwork of Inconsistency and Confusion”, en FREEMAN, M. et al., *Law and Global Health. Current Legal Issues*. Vol. 16. Oxford University Press. Oxford (UK), 2014. Pág. 209-222.
- PFEIFER, S. et al., “Recommendations for practices utilizing gestational carriers: a committee opinion”. *ASRM Pages*. Vol. 103, Núm. 1 (January 2015). American Society for Reproductive Medicine. Birmingham (Alabama), 2015. Pág. e1-e8.
- PINHEIRO, J.D., “Mãe Portadora. A Problemática da Maternidade de Substituição”. *Estudos de Direito da Bioética*, Vol. II. Almedina. Coimbra, 2008. Pág. 326-344.
- PLATERO MÉNDEZ, R.(L.), “Prólogo a la edición española”, en SPADE, D., *Una vida normal*. Edicions Bellaterra. Barcelona, 2015. Pág. 9-22.
- PRESS INFORMATION BUREAU OF THE GOVERNMENT OF INDIA, “Citizenship to Children Born to a Surrogate Indian Mother”, 2015. Disponible en: <http://pib.nic.in/newsite/PrintRelease.aspx?relid=117293>. Última consulta: 26/08/2016.
- POINTS, K., “Commercial Surrogacy and Fertility Tourism in India. The case of Baby Manji”, *The Kenan Institute for Ethics* (on-line). Duke University. Durham (EEUU), 2009. Disponible en: <https://web.duke.edu/kenanethics/CaseStudies/BabyManji.pdf>. Última consulta: 31/08/2016.
- PRESA GARCÍA-LÓPEZ, R., “Gestación por sustitución y prestaciones por maternidad (Análisis de los nuevos criterios administrativos con ocasión de las SSTs de 25 de octubre y de 16 de noviembre de 2016)”. *Aranzadi Digital*, núm. 1/2017. Cizur Menor (Navarra), 2017.
- PUIG I FERRIOL, L. et al., *Manual de Derecho civil*, Tomo I. Marcial Pons. Madrid, 1997.
- PUPPINCK, G., “Paradiso and Campanelli v Italy: The ECHR Validates the Sale of a Child through Surrogacy”, *Revue Lamy Droit Civil (RLDC)*, núm. 126, 2015. Pág. 41-45.
- QUESADA GONZÁLEZ, M.C., “La regulación de la filiación en el Proyecto de Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida”, *Dereito: revista xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*. Vol. 14, núm. 2. Santiago de Compostela, 2006. Pág. 187-218.
- QUIÑONES ESCÁMEZ, A., “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada”, *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*. Barcelona, 2009. Disponible en: http://www.indret.com/pdf/657_es.pdf. Última consulta: 19/02/2017.
- “Protección del menor venido a España en *Kafala*: acogimiento con tutela dativa y, en su caso, adopción”, en QUIÑONES ESCÁMEZ, A. et al., *Kafala y adopción en las relaciones hispano-marroquíes*. FIIAPP. Madrid, 2009. Pág. 157-195.

- RAMÍREZ NAVALÓN, R.M., “Comentario a la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida”, *Revista Española de Derecho Canónico*, Vol. 48. Universidad Pontificia de Salamanca. Salamanca, 1991. Pág. 235-255.
- “Problemas jurídicos de las nuevas formas de reproducción humana”, *Revista General de Derecho*, Núm. 519. Editorial Lex. Valencia, 1991. Pág. 6537-6567.
- RAMÓN FERNÁNDEZ, F., “La protección del menor en los casos de gestación por sustitución: análisis de diversos supuestos prácticos”. *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, Núm. 6, marzo 2014. Universidad Politécnica de Valencia. Valencia, 2014. Pág. 38-50.
- RAMS ALBESA, J. y MORENO FLÓREZ, R.M. (Coord.), *Comentarios al Código Civil*. Tomo II, Vol. 1º Libro Primero (Títulos I a IV). Editorial Bosch. Barcelona, 2000.
- RAPOSO, V.L., “Maternidade de substituição. Quando a cegonha chega por contrato”. *Boletim da Ordem dos Advogados*, Núm. 88 (marzo 2012). Lisboa, 2012. Pág. 26-27.
- *O Direito à Imortalidade. O exercício dos direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto jurídico do embrião in vitro*. Vol. II, Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, 2012.
- “Em nome do Pai (...da Mãe, dos dois Pais, e das duas Mães). Análise do art. 6.º da Lei n.º 32/2006”. *Lex Medicinæ, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*. Ano 4, Núm. 7. Coimbra Editora. Coimbra, 2007. Pág. 37-51.
- “La nueva ley portuguesa sobre reproducción asistida”. *Revista de Bioética y Derecho*. Núm. 10 (abril 2007). Universidad de Barcelona. Barcelona, 2007. Pág. 8-12.
- *De Mãe para Mãe. Questões Legais e Éticas Suscitadas pela Maternidade de Substituição*, Coimbra Editora. Coimbra, 2005.
- “Direitos Reprodutivos”. *Lex Medicinæ, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*. Ano 2, Núm. 3. Coimbra Editora. Coimbra, 2005. Pág. 111-131.
- RAPOSO, V.L. y PEREIRA, A.G.D., “Primeiras Notas sobre a Lei Portuguesa de Procriação Medicamente Assistida (Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho)”. *Lex Medicinæ, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*. Ano 3, Núm. 6. Coimbra Editora, 2006. Pág. 89-104.
- RAVETLLAT BALLESTE, I., “El interés superior del niño: concepto y delimitación del término”. *Educatio Siglo XXI*, Vol. 30, Núm. 2. Facultad de Educación, Universidad de Murcia. Murcia, 2012. Pág. 89-108.
- (Coord.), *Derecho de la persona*. Editorial Bosch. Barcelona, 2011.

- REBAR, R. y CATHERINO, W.H., "Reproductive endocrinology and infertility", en GOLDMAN, L. y SCHAFER, A.I. (Dir.), *Goldman-Cecil Medicine, 25th edition*, Vol. II. Elsevier Saunders. Philadelphia (EEUU), 2016. Pág. 1584-1599.
- REGISTRAR OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, "Totally prohibiting the establishment of a relationship between a father and his biological children born following surrogacy arrangements abroad was in breach of the Convention", Press Release, 26/06/2014. European Court of Human Rights, 2014.
- REIS, R.V.E., "Responsabilidade Penal na Procriação Medicamente Assistida. A criminalização do Recurso à Maternidade de Substituição e outras opções legais duvidosas". *Lex Medicinæ, Revista Portuguesa de Direito da Saúde*. Ano 7, Núm. 13. Coimbra Editora. Coimbra, 2010. Pág. 69-93.
- *O Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas*. Coimbra Editora. Coimbra, 2008.
- RESINA SOLA, P., *Fundamenta Iuris. Terminología, principios e interpretatio*. Universidad de Almería. Almería, 2012.
- RIBÓ, A., "Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil". *Actualidad Civil*, núm. 12, diciembre 2015. Editorial La Ley. Madrid, 2015.
- RIGGAN, K., "G12 Country Regulations of Assisted Reproductive Technologies", *The Center for Bioethics & Human Dignity* (on-line). Trinity International University. Deerfield (USA), 2010. Disponible en: <<https://cbhd.org/content/g12-country-regulations-assisted-reproductive-technologies>>. Última consulta: 01/04/2017.
- ROCA TRIAS, E., "Familia, familias y Derecho de la familia", *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 43, Núm. 4. Ministerio de Justicia. Madrid, 1990. Pág. 1055-1092.
- *Especialidades en Derecho de familia*. Dykinson. Madrid, 2014.
- *Libertad y familia*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2014.
- "Filiación asistida y protección de derechos fundamentales". *DS: Derecho y salud*, Vol. 7, Núm. 1 (on-line). Asociación juristas de la salud. Valencia, 1999. Pág. 1-11. Disponible en: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2891991.pdf>>. Última consulta: 01/04/2017.
- "La incidencia de la inseminación-fecundación artificial en los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional", en *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*. II Congreso Mundial Vasco, Departamento de Derecho Privado de la Universidad del País Vasco. Editorial Trivium. Madrid, 1988. Pág. 17-50.
- RODRÍGUEZ-BENOT, A., "Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil". *Ars Iuris Salmanticensis*, Vol. 4, junio 2016. Salamanca, 2016. Pág. 289-292.

- “La Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil”. *Cuadernos de Derecho transnacional*, Vol. 8, Núm. 1 (Marzo 2016). Área de Derecho internacional privado de la Universidad Carlos III. Madrid, 2016. Pág. 234-259.
- “Eficacia de la *Kafala* ante el ordenamiento español”, en QUIÑONES ESCAMEZ, A. et al., *Kafala y adopción en las relaciones hispano-marroquíes*. FIIAPP. Madrid, 2009. Pág. 127-156.
- RODRIGUEZ PINEAU, E., “Identidad y nacionalidad”. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (AFDUAM)*, Núm. 17 (2013) - Identidad, Derecho y Política. Madrid, 2013. Pág. 207-235.
- RODRÍGUEZ PRIETO, R., “Prefacio”, en FLORES ANARTE, L., *Las técnicas de reproducción asistida en España. ¿Mercantilización de la maternidad o empoderamiento femenino?*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2016. Pág. 13-16.
- ROJAS BRUNO, I.M., “Identificación del paciente en el centro de salud”. *Revista Actualidad médica*. Núm. 792. Granada, 2014. Pág. 107-108.
- ROKAS, K.A., “9. Greece”, en TRIMMINGS, K. y BEAUMONT, P. (Coord.), *International Surrogacy Arrangements. Legal Regulation at the International Level*. Hart publishing, Oxford and Portland (Oregon), 2013. Pág. 145-164.
- ROMERO PAREJA, A., “La reproducción humana asistida, desarrollo legal y jurisprudencial”, en PÉREZ SOLÁ, N. et al., *Principios y derechos constitucionales de la personalidad*, Tirant lo Blanch. Valencia, 2010. Pág. 85-144.
- ROSADO PACHECO, S., “Ley y Reglamento en Portugal”, en ROSADO PACHECO, S. (Coord.), *Derecho Europeo Comparado sobre Ley y Reglamento*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, 2003. Pág. 169-188.
- ROSENBERG, M.B., “Critical Legal Considerations for All Parties to Surrogacy Arrangements”, *Family Advocate*, Vol. 34, Núm. 2. American Bar Association. Chicago, 2011. Pág. 23-27.
- ROUDINESCO, E., *La familia en desorden*. Fondo de Cultura Económica (FCE). Buenos Aires, 2010.
- RUDRAPPA, S., “Making India the “mother destination”: outsourcing labour to Indian surrogates”, en WILLIAMS, C.L. y DELLINGER, K. (Coord.), *Research in the Sociology of Work. Gender and Sexuality in the Workplace*. Vol. 20. Emerald Books. Bingley (UK), 2010. Pág. 253-286.
- RUIZ, M. et al., “Donación de ovocitos”, pág. 159-167. En GARCÍA VELASCO, J.A. y SCHNEIDER, J., *Enfermería en Reproducción Humana*. Dykinson. Madrid, 2007.

- SÁEZ-SANTURTÚN PRIETO, M., “La maternidad subrogada: estado actual de la cuestión a raíz de la STS de 6 de febrero de 2014”. *Diario La Ley*, núm. 8293 (Sección Doctrina), 15 abril 2014. La Ley. Madrid, 2014.
- SAFJAN, M., “Permiso de maternidad para una madre subrogante que ha tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución: TJ Gran Sala, S 18 Mar. 2014”. *La Ley Unión Europea*, núm. 14. Wolters Kluwer España, 2014. Pág. 63-64.
- SALCEDO BELTRÁN, C. (Coord.), *Investigación, genética y Derecho*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2008.
- SALES PALLARÉS, L., “La adopción internacional por parejas del mismo sexo: reflexiones desde el Derecho internacional privado español”, en FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A. (Ed.), *La Obra Jurídica del Consejo de Europa (En conmemoración del 60 aniversario del Consejo de Europa)*. Gandulfo Ediciones. Sevilla, 2010. Pág. 579-596.
- SALVADOR GUTIÉRREZ, S., “Reconocimiento registral de la determinación en el extranjero de doble filiación paterna mediante técnicas de gestación por sustitución”. *ElDerecho.com* (on-line), 01/09/2012. Lefebvre - El Derecho. Madrid, 2012. Disponible en: <http://www.elderecho.com/tribuna/civil/Reconocimiento-determinacion-extranjero-gestacion-sustitucion_11_455680009.html>. Última consulta: 01/04/2017.
- SALVADOR IDRACH, V., “Gestación por sustitución: inadmisión en la Ley 35/1988, de 22 de noviembre”, *Revista General de Derecho*, Núm. 632. Editorial Lex. Valencia, 1997. Pág. 5175-5201.
- SÁNCHEZ PATRÓN, J.M., “La investigación genética en el marco jurídico internacional europeo”, en SALCEDO BELTRÁN, C. (Coord.), *Investigación, genética y Derecho*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2008. Pág. 239-266.
- SÁNCHEZ RON, J.M., *El Siglo de la Ciencia*, Editorial Taurus. Madrid, 2000.
- SANTAMARÍA SOLÍS, L., “Técnicas de reproducción asistida. Aspectos bioéticos”. *Cuadernos de Bioética*, 2000/1^a. Asociación Española de Bioética y Ética Médica. Madrid, 2000. Pág. 37-47.
- SCHERPE, J.M., *The present and future of European Family Law*. Edward Elgar Publishing. Cheltenham (UK), 2016.
- SCHERPE, J.M. (Ed.), *European Family Law, Vol. II. The Changing Concept of “Family” and Challenges for Domestic Family Law*. Edward Elgar Publishing. Cheltenham (UK), 2016.
- SCHWENZER, I. y KELLER, T.: “National Report: Switzerland”. *Informal Relationships*. Commission on European Family Law. Utrecht (Netherlands), 2015. Disponible en:

- <<http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Switzerland-IR.pdf>>. Última consulta: 05/05/2016.
- SCOTTI, L.B., “El reconocimiento extraterritorial de la “maternidad subrogada”: una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas”, *Pensar en Derecho*, Núm. 1. Universidad de Buenos Aires. Buenos Aires, 2013. Pág. 267-289.
- SECRETARÍA DE ESTADO DE SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD. *Boletín de Datos Estadísticos de Medidas de Protección a la Infancia*. Boletín número 17 (Datos 2014). Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. Madrid, 2016. Pág. 37. Disponible en: <http://www.observatoriodelainfancia.msssi.gob.es/productos/pdf/Estadistica_basica_d_e_proteccion_a_la_infancia_17.pdf>. Última consulta: 16/01/2016.
- SEIJAS QUINTANA, J.A., “Gestación por sustitución: el Tribunal Supremo deniega la inscripción de filiación de dos niños nacidos de una madre de alquiler”. *Diario La Ley*, núm. 8363 (Sección Doctrina), 28 julio 2014. La Ley. Madrid, 2014.
- SELMAN, P., “Tendencias globales en la adopción internacional: ¿en el “interés superior de la infancia?””. *Scripta Nova. Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*, Vol. XVI, 395, (21). Universidad de Barcelona. Barcelona, 2012. Disponible en: <<http://www.ub.edu/geocrit/sn/sn-395/sn-395-21.htm>>. Última consulta: 28/03/2017.
- SEN, A., “Derechos humanos y los límites de la ley”. *Ius et Veritas*, Núm. 33. Facultad de Derecho de la PUCP. Lima (Perú), 2006. Pág. 389-396.
- SERVICE DES ÉTUDES JURIDIQUES (SENAT DE LA FRANCE), “Étude de législation comparée n° 182. Janvier 2008. La gestation pour autrui” (on-line), 2008. Disponible en: <<https://www.senat.fr/lc/lc182/lc1820.html>>. Última consulta: 06/05/2016.
- SHABANA, A.: “Foundations of the Consensus against Surrogacy Arrangements in Islamic Law”, en POWERS, D.S. (Ed.), *Islamic Law and Society*. Editorial Brill, Leiden (The Netherlands), 2015. Pág. 82-113.
- SHAKARGY, S., “14. Israel”, en TRIMMINGS, K. y BEAUMONT, P. (Coord.), *International Surrogacy Arrangements. Legal Regulation at the International Level*. Hart publishing, Oxford and Portland (Oregon), 2013. Pág. 209-222.
- SHENFIELD, F. et al., “Cross border reproductive care in six European countries”, *Human Reproduction*, Vol. 25, Iss. 6. Oxford Journals, 2010. Pág. 1361-1368.
- SIEJAS VILLADANGOS, M.E., “Retos constitucionales en materia de género”. *Cuestiones de género: de la igualdad y la diferencia*. Núm. 10 (on-line). Universidad de León, 2015. Pág. 1-15. Disponible en: <<http://revistas.unileon.es/ojs/index.php/cuestionesdegenero/article/view/1722/1407>>. Última consulta: 01/04/2017.

- SILIÓ, E., “La adopción internacional se complica”. *Escritura Pública*, núm. 62. Consejo General del Notariado. Madrid, 2010. Pág. 46-48.
- SILLS, E.S. et al., “Routine Embryo Screening and Surrogacy: Current Challenges and Future Directions for Preimplantation Genetic Testing”. En SILLS, E.S. (Ed.), *Handbook of Gestational Surrogacy: International Clinical Practice and Policy Issues*. Cambridge University Press. Cambridge (UK), 2016. Pág. 93-98.
- SILVA RUIZ, P., “Programación humana asistida: La maternidad subrogada, suplente o sustituta”. *Revista Anuario del Instituto de Derecho Comparado*, Núm. 21 (on-line). Facultad de Derecho, Universidad de Carabobo. Valencia (Venezuela), 1998. Disponible en: <<http://servicio.bc.uc.edu.ve/derecho/revista/idc21/21-7.pdf>>. Última consulta: 01/04/2017.
- “Panorámica general de la fecundación humana asistida (inseminación artificial, fertilización “*in vitro*” y maternidad sustituta, suplente o subrogada) en los Estados Unidos”. En *La filiación a finales del siglo XX: problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana: ponencias y comunicaciones Vitoria-Gasteiz, 28-IX a 2-X-1987*. Editorial Trivium. Madrid, 1988. Pág. 85-98.
- SINCLAIR, D.B., *Jewish Biomedical Law: Legal and Extra-legal Dimensions*. Oxford University Press. New York (United States), 2003.
- SISTO, F.P., “Mater non semper certa est: la gestazione per conto terzi fra (pieni di) scienza e (vuoti di) legislazione”. *Diritto di Famiglia e delle Persone*, Vol. 16. Università degli Studi di Trento. Trento, 1987. Pág. 1467-1473.
- SLABBERT, M. y ROODT, C., “20. South Africa”, en TRIMMINGS, K. y BEAUMONT, P. (Coord.), *International Surrogacy Arrangements. Legal Regulation at the International Level*. Hart publishing, Oxford and Portland (Oregon), 2013. Pág. 293-310.
- SLABBERT, M.N., “Legal issues relating to the use of surrogate mothers in the practice of assisted conception”, *South African Journal of Bioethics and Law*, vol. 5, no. 1. Health & Medical Publishing Group, 2012. Pág. 27-32.
- SMERDON, U.R., “12. India”, en TRIMMINGS, K. y BEAUMONT, P. (Coord.), *International Surrogacy Arrangements. Legal Regulation at the International Level*. Hart publishing, Oxford and Portland (Oregon), 2013. Pág. 182-199.
- SMITH ROTABI, K., “El uso de la fuerza, el fraude y la coerción en algunas adopciones en Guatemala: casos de secuestro que cuestionan el “interés superior de la niñez””. *Scripta Nova. Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*, Vol. XVI, 395, (24). Universidad de Barcelona. Barcelona, 2012. Disponible en: <<http://www.ub.edu/geocrit/sn/sn-395/sn-395-24.htm>>. Última consulta: 28/03/2017.

- SNYDER, S.H., "24. United States of America", en TRIMMINGS, K. y BEAUMONT, P. (Coord.), *International Surrogacy Arrangements. Legal Regulation at the International Level*. Hart publishing, Oxford and Portland (Oregon), 2013. Pág. 341-349.
- SOCIEDAD ESPAÑOLA DE FERTILIDAD (SEF), "Saber más sobre fertilidad y reproducción asistida", Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad. Madrid, 2011. Disponible en: <http://www.sefertilidad.net/docs/pacientes/spr_sef_fertilidad.pdf>. Última consulta: 08/09/2016.
- SOTO LAMADRID, M.A., *Bioética, filiación y delito. La fecundación artificial y la experimentación genética ante el Derecho*. Editorial Astrea. Buenos Aires (Argentina), 1990.
- SOUTO PAZ, J.A., "El Informe Palacios y la Ley de Reproducción Asistida". En DÍAZ MARTÍNEZ, A. (Coord.), *Régimen jurídico-privado de la reproducción asistida en España: el proceso legal de reformas*. Dykinson. Madrid, 2006. Pág. 187-196.
- SPITZ, E., "Through her I too shall bear a child: Birth Surrogates in Jewish Law", *The Journal of Religious Ethics*, vol. 24, no. 1. Blackwell Publishing Ltd., 1996. Pág. 65-97.
- STEERING COMMITTEE OF BIOETHICS (CDBI), "Replies by the member States to the questionnaire on access to medically assisted procreation (MAP) and on right to know about their origin for children born after MAP". Council of Europe. Strasbourg, 2012.
- STOREY, G.P., "Ethical Problems Surrounding Surrogate Motherhood", *Yale-New Haven Teachers Institute*, Vol. 2 (on-line). Yale University New Haven (EEUU), 2000. Disponible en: <<http://www.yale.org/ynhti/curriculum/units/2000/7/00.07.05.x.html>>. Última consulta: 01/04/2017.
- SUBDIRECCIÓN GENERAL DE INFANCIA, *Guía "Dónde acudir si quieres tramitar una adopción internacional: recursos públicos y privados en España"*. Ministerio de Educación, Política Social y Deporte. Madrid, 2008. Disponible en: <<https://www.msssi.gob.es/ssi/familiasInfancia/docs/agendaRecursosAdopcion.pdf>>. Última consulta: 13/01/2017.
- SWAIN, M.E., "Surrogacy and Gestational Carrier Arrangements: Legal Aspects", en GOLDFARB, J.M. (Coord.), *Third-Party Reproduction: A Comprehensive Guide*. Springer. New York, 2014. Pág. 71-77.
- SYMONS, X., "Surrogacy comes to Vietnam", *BioEdge. Bioethic news from around the world*. New Media Foundation Ltd. North Strathfield (Australia), 2016.
- TAMAYO HAYA, S., "Hacia un nuevo modelo de filiación basado en la voluntad en las sociedades contemporáneas", *Revista Digital Facultad de Derecho*, Núm. 6. Universidad Nacional de Educación a Distancia. Madrid, 2013. Pág. 261-316.

- TARTUCE, F., "Sentença do TJMS. Registro em caso de gestação de substituição", *Jusbrasil* (on-line), 2015. Disponible en: <http://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/noticias/164542675/sentenca-do-tjms-registro-em-caso-de-gestacao-de-substituicao?ref=topic_feed>. Última consulta: 01/04/2017.
- TEMAN, E., "Surrogacy in Israel: State-Controlled Surrogacy as a Mechanism of Symbolic Control". En SILLS, E.S. (Ed.), *Handbook of Gestational Surrogacy: International Clinical Practice and Policy Issues*. Cambridge University Press. Cambridge (UK), 2016. Pág. 165-173.
- THOMALE, C., *Mietmutterchaft. Eine international-privatrechtliche Kritik*. Mohr Siebeck Publishers. Tübingen, 2015.
- THOMASMA, D.C. y KUSHNER, T., *De la vida a la muerte. Ciencia y Bioética*. Cambridge University Press. Cambridge (UK), 1999.
- TORRALBA MENDIOLA, E., "Artículo 52. Competencia", en MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.P. y PALAO MORENO, G. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2017. Pág. 609-616.
- TORROJA MATEU, H. y BONDIA GARCIA, D., "Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (junio-octubre 2007)", *ADC (Anuario de Derecho Civil)*, Vol. 61, Núm. 1. Ministerio de Justicia. Madrid, 2008. Pág. 279-285.
- TRIMMINGS, K. y BEAUMONT, P. (Coord.), *International Surrogacy Arrangements. Legal Regulation at the International Level*. Hart publishing, Oxford and Portland (Oregon), 2013.
- VALDÉS DÍAZ, C.C., "La maternidad subrogada y los derechos de los menores nacidos mediante el uso de esas técnicas". *Anuario de la Facultad de Derecho*, Núm. 31. Universidad de Extremadura. Badajoz, 2014. Pág. 459-482.
- VAN WORMER, C., "Outdated and Ineffective: An Analysis of Michigan's Gestational Surrogacy Law and the Need for Validation of Surrogate Pregnancy Contracts", *DePaul Law Review*, Vol. 61, Iss. 3. DePaul University. Chicago-Illinois (EEUU), 2012. Pág. 911-937.
- VAQUERO LÓPEZ, C., "La denegación de acceso al Registro Civil español de la filiación derivada de un contrato de gestación por sustitución a la luz de la jurisprudencia del TEDH: comentario del ATS de 2 de febrero de 2015". *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4/2015. Cizur Menor (Navarra), 2015.
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, E., "Filiación y reproducción asistida (jurídico)", en ROMEO CASABONA, C.M. (Dir.), *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, Cátedra de Bioderecho y Genoma Humano, 2017. Disponible en: <<http://enciclopedia-bioderecho.com/voces/160>>. Última consulta: 09/03/2017.

- VEGA, J. et al., “El hijo en la procreación artificial. Implicaciones éticas y medicolegales.”. *Cuadernos de Bioética*, 1995/1ª. Asociación Española de Bioética y Ética Médica. Madrid, 1995. Pág. 65-69.
- VEIGA, A., *El milagro de la vida. De la fecundación ‘in vitro’ a las células madre*, RBA, Barcelona, 2011.
- VEIGA, A. y PALACIOS, M., “Exposición de motivos”, en LLEDÓ YAGÜE, F. et al., *Comentarios Científico-Jurídicos a la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo)*. Dykinson. Madrid, 2007. Pág. 15-25.
- VELA SÁNCHEZ, A.J., “La gestación por sustitución se permite en Portugal. A propósito de la Ley Portuguesa n.º 25/2016, de 22 de agosto”. *Diario La Ley*, núm. 8868 (Sección Doctrina), 22 noviembre 2016. La Ley. Madrid, 2016.
- *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*. Comares. Granada, 2016.
 - *Gestación por encargo: Tratamiento judicial y soluciones prácticas: la cuestión jurídica de las madres de alquiler*. Reus. Madrid, 2015.
 - “Comentario a la iniciativa legislativa popular para la regulación de la gestación por subrogación en España”. *Diario La Ley*, núm. 8457 (Sección Doctrina), 13 enero 2015. La Ley. Madrid, 2015.
 - “Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución ‘pueden’ ser inscritos en el Registro Civil español. A propósito de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de junio de 2014”. *Diario La Ley*, núm. 8415 (Sección Doctrina), 6 noviembre 2014. La Ley. Madrid, 2014.
 - “Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución no pueden ser inscritos en el Registro Civil español. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014”. *Diario La Ley*, núm. 8279 (Sección Doctrina), 26 marzo 2014. La Ley. Madrid, 2014.
 - “El interés superior del menor como fundamento de la inscripción de la filiación derivada del convenio de gestación por encargo”. *Diario La Ley*, núm. 8162 (Sección Doctrina), 3 octubre 2013. La Ley. Madrid, 2013.
 - “La gestación por encargo desde el análisis económico del Derecho. Medidas anticrisis desde el Derecho de familia”. *Diario La Ley*, núm. 8055 (Sección Doctrina), 4 abril 2013. La Ley. Madrid, 2013.
 - “De nuevo sobre la regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España: a propósito de la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011”. *Diario La Ley*, núm. 7815 (Estudios Doctrinales), 9 marzo 2012. La Ley. Madrid, 2012.

- “Propuesta de regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España”. *Diario La Ley*, núm. 7621 (Sección Doctrina), 3 mayo 2011. La Ley. Madrid, 2011.
 - “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 el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”. *Diario La Ley*, núm. 7608 (Sección Doctrina), 11 abril 2011. La Ley. Madrid, 2011.
- VELARDE D’AMIL, Y., “Comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia núm. 949/2011 828 23-11-2011: no inscripción en el Registro Civil de los menores nacidos mediante gestación por sustitución”. *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, Núm. 3, septiembre 2012. Universidad Politécnica de Valencia. Valencia, 2012. Pág. 61-70.
- VERSCHELDEN, G. y VERHELLEN, J., “3. Belgium”, en TRIMMINGS, K. y BEAUMONT, P. (Coord.), *International Surrogacy Arrangements. Legal Regulation at the International Level*. Hart publishing, Oxford and Portland (Oregon), 2013. Pág. 64-93.
- VIEIRA, I.C. y NUNES, R., “Concorda com a maternidade de substituição?”. *Boletim da Ordem dos Advogados*, Núm. 115 (junio 2014). Lisboa, 2014. Pág. 16-17.
- VON HEIN, J.: “German Federal Court of Justice on Surrogacy and German Public Policy”. Conflict of Laws.net. News and Views in Private International Law. Marzo 2015. Disponible en: <http://conflictoflaws.net/2015/german-federal-court-of-justice-on-surrogacy-and-german-public-policy/>. Última consulta: 04/05/2016.
- WALTON, J.H. et al., *The IVP Bible Background Commentary: Old Testament*, IVP Academics. Illinois (EEUU), 2000.
- WARNOCK, M., *Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology* (“Warnock Report”). Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology. London (UK), 1984.
- WAUTELET, P., “Belgian Court Recognizes Californian Surrogacy”. *News and Views in Private International Law* (on-line), 02/11/2010. Conflict of Laws.net, 2010. Disponible en: <http://conflictoflaws.net/2010/belgian-court-recognizes-californian-surrogacy/>. Última consulta: 17/08/2016.
- WELLS-GRECO, M., “23. United Kingdom”, en TRIMMINGS, K. y BEAUMONT, P. (Coord.), *International Surrogacy Arrangements. Legal Regulation at the International Level*. Hart publishing, Oxford and Portland (Oregon), 2013. Pág. 327-340.
- WHITE, P.M., “One for Sorrow, Two for Joy?: American embryo transfer guideline recommendations, practices and outcomes for gestational surrogate patients”. *Journal*

- of Assisted Reproduction and Genetics* (on-line), Vol. 34(1). Springer. New York, 2017.
Disponible en: <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/28185120>>. Última consulta:
01/04/2017. Pág. 431-443.
- ZACCARIA, A., *Comentario breve al Diritto della familia*. CEDAM-Wolters Kluwer. Milano (Italia), 2011.
- ZARRALUQUI, L., *Procreación asistida y derechos fundamentales*. Tecnos. Madrid, 1988.
Pág. 69.
- ZEKRI, H., “La *Kafala* en el Derecho marroquí”, en QUIÑONES ESCAMEZ, A. et al., *Kafala y adopción en las relaciones hispano-marroquíes*. FIIAPP. Madrid, 2009. Pág. 12-125.
- ZUCKER, D.J., “What Sarah saw: envisioning Genesis 21:9-10”, *Jewish Bible Quaterly*, Vol. 36, Núm. 1, 2008. Pág. 54-63.
- ZÚÑIGA, A., “Las adopciones internacionales se complican”. *Escritura Pública*, núm. 84. Consejo General del Notariado. Madrid, 2013. Pág. 64-66.

JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA ADMINISTRATIVA CITADA

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

- STEDH, Gran Sala, asunto “Paradiso and Campanelli v. Italy” (Application 25358/12), 24 enero 2017
- STEDH, Sección 2ª, asunto “Paradiso and Campanelli v. Italy” (Application 25358/12), 27 enero 2015
- STEDH, Sección 2ª, asunto “X and Y v. Italy” (Application 41146/14), 16 Septiembre 2014
- STEDH, Sección 5ª, asunto “Mennesson v. France” (Application 65192/11), 26 junio 2014
- STEDH, Sección 5ª, asunto “Labassee v. France” (Application 65941/11), 26 junio 2014
- STEDH, Sección 5ª, asunto “Harroudj v. France” (Application 43631/09), 4 octubre 2012
- STEDH, Gran Sala, asunto “S.H. y otros contra Austria” (Application 57813/00), 3 noviembre 2011
- STEDH, Sección 1ª, asunto “Wagner and J.M.W.L. v. Luxembourg” (Application 76240/01), 28 junio 2007
- STEDH, Gran Sala, asunto “Hornsby v. Grecia” (Application 18357/91), 19 marzo 1997

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

- STJUE, Gran Sala, 18 marzo 2014, asunto C-167/12, “C.D. contra S.T.” (EDJ 2014/40737)
- STJUE, Gran Sala, 18 marzo 2014, asunto C 363/12, “Z. contra A Government department y The Board of management of a community school” (EDJ 2014/40733)
- STJUE, Sala 11ª, 14 octubre 2008, asunto “Grunkin-Paul” (EDJ 2008/172328)
- STJUE, Gran Sala, 2 octubre 2003, asunto “García Avello” (EDJ 2003/86468)

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- STC 66/2014, 5 mayo («BOE» 134, 3 junio 2014)
- STC 31/2014, 24 febrero («BOE» 73, 25 marzo 2014)
- STC 93/2013, 23 abril («BOE» 123, 23 mayo 2013)
- STC 20/2001, 29 enero («BOE» 52, 1 marzo 2001)
- STC 240/1999, 20 diciembre («BOE» 17, 20 enero 2000)
- STC 116/1999, 17 junio («BOE» 162, 8 julio 1999)
- STC 173/1994, 7 junio («BOE» 163, 9 julio 1994)
- STC 245/1991, 16 diciembre (EDJ 1991/11940)

TRIBUNAL SUPREMO

- STS 953/2016, Sala de lo Social, 16 noviembre (Id Cendoj: 28079149912016100035)
- STS 881/2016, Sala de lo Social, 25 octubre (Id Cendoj: 28079149912016100036)
- STS 897/2016, Sala de lo Social, 19 octubre (Id Cendoj: 28079149912016100031)
- ATS 335/2015, Sala de lo Civil, 2 febrero (Id Cendoj: 28079119912015200003)
- STS 260/2015, Sala de lo Civil, 12 enero (Id Cendoj: 28079119912015100005)
- STS 1099/2014, Sala de lo Contencioso, 14 marzo (Id Cendoj: 28079130072014100072)
- STS 247/2014, Sala de lo Civil, 6 febrero (Id Cendoj: 28079119912014100001)
- STS 835/2013, Sala de lo Civil, 6 febrero (Id Cendoj: 28079119912014100001)
- STS 3119/2009, Sala de lo Contencioso, 27 abril (Id Cendoj: 28079130072009100195)
- STS 1846/2002, Sala de lo Civil, 14 marzo (Id Cendoj: 28079110012002101900)
- STS 698/1991, Sala de lo Penal, 22 febrero (Id Cendoj: 28079120011991104180)

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

- STSJ Cataluña 4766/2016, Sala de lo Social, 19 julio (EDJ 2016/161912)
- STSJ Castilla-La Mancha 993/2016, Sala de lo Social, 14 julio (EDJ 2016/ 147284)
- STSJ Madrid 350/2016, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 20 junio (EDJ 2016/133671)
- STSJ País Vasco 906/2016, Sala de lo Social, 10 mayo (EDJ 2016/132007)
- STSJ País Vasco 885/2016, Sala de lo Social, 3 mayo (EDJ 2016/69439)
- STSJ Cataluña 2508/2016, Sala de lo Social, 25 abril (Id Cendoj: 08019340012016101790)
- STSJ Cataluña 2295/2016, Sala de lo Social, 15 abril (EDJ 2016/72241)
- STSJ Madrid 214/2016, Sala de lo Social, 31 marzo (EDJ 2016/68174)
- STSJ Madrid 120/2016, Sala de lo Social, 12 febrero (EDJ 2016/38546)
- STSJ Cataluña 923/2016, Sala de lo Social, 11 febrero (EDJ 2016/53244)
- STSJ Madrid 1223/2015, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 21 diciembre (EDJ 2015/267955)
- STSJ Madrid 658/2015, Sala de lo Social, 5 octubre (EDJ 2015/191841)
- STSJ Cataluña 5214/2015, Sala de lo Social, 15 septiembre (EDJ 2015/191246)
- STSJ Madrid 625/2015, Sala de lo Social, 17 julio (EDJ 2015/142363)
- STSJ Cataluña 4314/2015, Sala de lo Social, 1 julio (EDJ 2015/168626)
- STSJ Castilla-La Mancha 603/2015, Sala de lo Social, 27 mayo (EDJ 2015/ 84294)
- STSJ Región de Murcia 292/2015, Sala de lo Social, 30 marzo (EDJ 2015/48512)
- STSJ Canarias 575/2015, Sala de lo Social, 27 marzo (EDJ 2015/152518)
- STSJ Cataluña 1760/2015, Sala de lo Social, 9 marzo (EDJ 2015/51134)

- STSJ Andalucía 319/2015, Sala de lo Social, 4 febrero (EDJ 2015/32141)
- STSJ Madrid 19/2015, Sala de lo Social, 13 enero (EDJ 2015/5906)
- STSJ Madrid 1201/2014, Sala de lo Social, 23 diciembre (EDJ 2014/274152)
- STSJ Madrid 612/2014, Sala de lo Social, 7 julio (EDJ 2014/163010)
- STSJ Canarias 1259/2014, Sala de lo Social, 7 julio (EDJ 2014/192285)
- STSJ País Vasco 944/2014, Sala de lo Social, 13 mayo (EDJ 2014/95340)
- STSJ Madrid 216/2013, Sala de lo Social, 13 marzo (EDJ 2013/165535)
- STSJ Cataluña 7985/2012, Sala de lo Social, 23 noviembre (EDJ 2012/302948)
- STSJ Madrid 668/2012, Sala de lo Social, 18 octubre (EDJ 2012/255255)
- STSJ Asturias 2320/2012, Sala de lo Social, 20 septiembre (EDJ 2012/211107)
- STSJ Madrid 58/2008, Sala de lo Social, 31 enero (Id. Cendoj: 28079340032008100052)

AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP Valencia 826/2011, 23 noviembre (Id. Cendoj: 46250370102011100707)
- AAP Bizkaia 16/2005, 13 enero (EDJ 2005/15198).

JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA

- Auto 285/2012, del Juzgado 1ª Inst. nº 1 de Pozuelo de Alarcón, 25 junio (EDJ 2012/336814)
- Sentencia 193/2010, del Juzgado 1ª Inst. nº 15 de Valencia, 15 septiembre (EDJ 2010/262011)

DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

- Res. DGRN 28 mayo 2015, Registro Civil (EDD 2015/296983)
- Instr. DGRN 13 mayo 2015, sobre remisión de las solicitudes de adquisición de la nacionalidad española por residencia («BOE» 124, 25 mayo 2015)
- Res. DGRN 16 enero 2015, Registro Civil (EDD 2015/277313)
- Instr. DGRN 25 junio 2013, sobre supuestos a los que se aplica el art. 217 RRC («BOE» 161, 6 julio 2013)
- Res. DGRN 15 abril 2013, Registro Civil (EDD 2013/166538)
- Res. DGRN 22 diciembre 2011, Registro Civil (EDD 2011/371513)
- Res. DGRN 12 diciembre 2011, Registro Civil (EDD 2011/371514)
- Res. DGRN 30 noviembre 2011, Registro Civil (EDD 2011/371175)
- Res. DGRN 30 noviembre 2011, Registro Civil (EDD 2011/371174)
- Res. DGRN 23 septiembre 2011, Registro Civil (EDD 2011/360049)
- Res. DGRN 23 septiembre 2011, Registro Civil (EDD 2011/360045)
- Res. DGRN 23 septiembre 2011, Registro Civil (EDD 2011/360043)

- Res. DGRN 27 junio 2011, Registro Civil (EDD 2011/358670)
- Res. DGRN 9 junio 2011, Registro Civil (EDD 2011/358667)
- Res. DGRN 9 junio 2011, Registro Civil (EDD 2011/358668)
- Res. DGRN 6 mayo 2011, Registro Civil (EDD 2011/358209)
- Res. DGRN 6 mayo 2011, Registro Civil (EDD 2011/358206)
- Res. DGRN 6 mayo 2011, Registro Civil (EDD 2011/358205)
- Res. DGRN 3 mayo 2011, Registro Civil (EDD 2011/358204)
- Res. DGRN 18 febrero 2009, Registro Civil (EDD 2009/360261)
- Res. DGRN 18 febrero 2009, Registro Civil (EDD 2009/360261).
- Instr. DGRN 15 febrero 1999, sobre constancia registral de la adopción («BOE» 52, 2 marzo 1999)
- Circular DGRN 22 mayo 1975, sobre nacionalidad española («BOE» 124, 24 mayo 1975)

ALEMANIA

- Federal Court of Justice (Bundesgerichtshof) (10/12/2014) XII ZB 463/13
- Higher Regional Court Berlin (Kammergericht Berlin) (01/08/2013) 11 L 396/09
- Administrative Court Berlin (Verwaltungsgericht Berlin) (26/11/2009) 1W 413/12

AUSTRALIA

- Caso “Baby Gammy”. Family Court of Western Australia. [2016] FCWA 1729. April 14, 2016

AUSTRIA

- Verfassungsgerichtshof G 66/12, 29 noviembre 2012
- Verfassungsgerichtshof B 13/11, 14 diciembre 2011

BÉLGICA

- Arrêt n° 2010/RQ/20 de Cour d'appel, Liège, 6 septembre 2010

BRASIL

- Sentencia en Juicio de derecho de la 1ª Sección de Familia y Registro Civil de la Comarca de Recife, 28 febrero 2012
- Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial (REsp) n° 1.183.378/RS (2010/00366 63-8), 25 octubre 2011
- Supremo Tribunal Federal de Brasil. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277, 2 julio 2009
- Supremo Tribunal Federal de Brasil. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, 27 febrero 2008

CALIFORNIA (EEUU)

- Caso “C.M. v. M.C.”, Court of Appeal of the State of California, Second Appellate District, Division One. B270525 (Cal. Ct. App. Jan. 26, 2017)
- Caso “Cook v. Harding”, United States District Court Central District of California. Case No. 2:16-cv-00742-ODW (AFM) (C.D. Cal. Jun. 6, 2016)
- Caso “Oatey v. Caballero” (Court of Appeal of the State of California, Fourth Appellate District, Division One. D065109. Cal. Ct. App. Feb. 23, 2015)
- Caso “Gonzales v. Marriott Int’l, Inc.” (United States District Court, C.D. California. 142 F.Supp.3d 961. C.D. Cal. 2015)
- Caso “C.D. v. D.N. (In re adoption of A.N.)” Court of Appeal of the State of California, Fourth Appellate District, Division Three. G049050 (Cal. Ct. App. Nov. 17, 2014)
- Caso “In re D.S. et al. V. San Diego County Health and Human Services Agency” (Court of Appeal of the State of California, Fourth Appellate District, Division One. D060730. Cal. Ct. App. Jul. 18, 2012)
- Caso “Ctr. of Surrogate Parenting, Inc. v. Circle Surrogacy, Ltd.” (United States District Court Central District of California. Case No. CV 12-2180-GW. (JCGx). C.D. Cal. Jun. 18, 2012)
- Caso “Marik v. Makkink” (Court of Appeal of the State of California, Second Appellate District, Division Four. B225884. Cal. Ct. App. Feb. 24, 2012)
- Caso “New Life Agency, Inc. v. Beitler Servs., Inc.” (Court of Appeal of the State of California, Second Appellate District, Division One. B224724. Cal. Ct. App. Feb. 23, 2012)
- Caso “Diane Lokey Farb v. The Superior Court of Los Angeles County” (Court of Appeal of the State of California, Second Appellate District, Division Four. B209814, Cal. Ct. App. Jun. 2, 2009)
- Caso “Kristine H. v. Lisa R.” Supreme Court of California, 37 Cal.4th 156, 160 (Cal. 2005)
- Caso “Elisa B. v. Superior Court” Supreme Court of California, 37 Cal.4th 108 (Cal. 2005)
- Caso “K.M. v. E.G.” Supreme Court of California, 37 Cal.4th 130 (Cal. 2005)
- Caso “Kristine H. v. Lisa R.” Court of Appeal of the State of California, Second Appellate District, Division Three. B167799 (Cal. Ct. App. Jun. 30, 2004)
- Caso “Elisa B. v. The Superior Court of El Dorado County” Court of Appeal of the State of California, Third Appellate District. C042077 (Cal. Ct. App. May. 20, 2004)
- Caso “K.M. v. E.G.” Court of Appeal of the State of California, First Appellate District, Division Five. A101754 (Cal. Ct. App. May. 10, 2004)

- Caso “Robert B. v. Susan B.” (Court of Appeal of the State of California, Sixth Appellate District. H024926 Cal. Ct. App. Jun. 13, 2003)
- Caso “Guardianship of Olivia J., a Minor” (Court of Appeal of the State of California, First Appellate District, Division One. A089378. Cal. Ct. App. Oct. 17, 2000)
- Caso “In re the marriage of Buzzanca” Court of Appeal of the State of California, Fourth Appellate District, Division Three. G022147, G022157 (Cal. Ct. App. Mar. 10, 1998)
- Caso “Jaycee B. v. The Superior Court of Orange County” Court of Appeal of the State of California, Fourth Appellate District, Division Three. G019080 (Cal. Ct. App. Feb. 6, 1996)
- Caso “In re the marriage of Moschetta” Court of Appeal of the State of California, Fourth Appellate District, Division Three. G013880, G014430 (Cal. Ct. App. Jun. 10, 1994)
- Caso “Johnson v. Calvert” Supreme Court of California, No. S023721 (5 Cal.4th 84 (Cal. 1993) May 20, 1993)
- Caso “In re Zacharia D” Supreme Court of California, 6 Cal.4th 435 (Cal. 1993)
- Caso “Anna J. (Johnson) v. Mark C. (Calvert)” Court of Appeal of the State of California, Fourth Appellate District, Division Three. G010225 (Cal. Ct. App. Oct. 8, 1991)
- Caso “Adoption of Matthew B., a Minor” Court of Appeal of the State of California, First Appellate District, Division Three. A044280, A045711 (Cal. Ct. App. Jul. 23, 1991)

FRANCIA

- Sentencia núm. 619, Cour de Cassation, Assemblée plénière, 3 julio 2015 (14-21.323)
- Sentencia núm. 620, Cour de Cassation, Assemblée plénière, 3 julio 2015 (15-50.002)
- Sentencia núm. 281, Cour de Cassation, Première Chambre Civile, 19 marzo 2014 (13-50.005)
- Sentencia núm. 1091, Cour de Cassation, Première Chambre Civile, 13 septiembre 2013 (12-30.138)
- Sentencia núm. 1092, Cour de Cassation, Première Chambre Civile, 13 septiembre 2013 (12-18.315)

GRECIA

- Sentencia no. 2827/2008 del Juzgado de Primera Instancia de Atenas
- Sentencia no. 13707/2009 del Juzgado de Primera instancia de Thessaloniki

INDIA

- Caso “Baby Manji Yamada vs. Union Of India & Anr”. Supreme Court of India, Civil Original Jurisdiction, writ petition (c) no. 369 of 2008. September 29, 2008

IRLANDA

- Supreme Court. Record No. 2013/ High Court No. 2011/46M. Between: M.R. AND D.R.; AND O.R. AND C.R.; and - AN tARD CHLARAITHEOIR, IRELAND AND THE ATTORNEY GENERAL; and - L.L.

ISRAEL

- “Nahmani v. Nahmani”, CA 5587/93, PD 49 (1) 485. March 30, 1995

ITALIA

- Sentencia del Tribunal de lo Civil de segunda instancia de Bari, 13 febrero 2009
- Sentencia del Tribunal de lo Civil de primera instancia de Nápoles, 1 julio 2011

KENIA

- In the High Court of Kenya at Nairobi, Constitutional and Human Rights Division, Petition 443/2014
- In the High Court at Nairobi, Milimani Law Courts, Constitutional and Human Rights Division, Petition 78/2014

NEW JERSEY (EEUU)

- Caso “Matter of Baby M”, Supreme Court of New Jersey, Feb 3, 1988 (109 N.J. 396 (1988) - 537 A.2d 1227)

PORTUGAL

- Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, 12 Dezembro 2015. Processo 01262/08.0BEPRT. 1ª Secção - Contencioso Administrativo
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça. 7ª Secção. Processo n.º 3444/11.9TBT VD.L1.S1. 15 Maio 2014
- Tribunal Constitucional. Acórdão n.º 401/2011. Processo n.º 497/2010. Lisboa, 22 Setembro 2011. Diário da República, 2.ª serie. Núm. 211, 3 Novembro 2011
- Tribunal Constitucional. Acórdão n.º 121/2010. Processo n.º 192/2010. Lisboa, 3 Abril 2010. Diário da República, 2.ª serie. Núm. 82, 28 Abril 2010
- Tribunal Constitucional. Acórdão n.º 101/2009. Processo n.º 963/06. Lisboa, 3 Março 2009. Diário da República, 2.ª serie. Núm. 64, 1 Abril 2009

SUIZA

- Urteil 5A_443/2014, 14 septiembere 2015 (141 III 328) der II. zivilrechtlichen Abteilung i.S. A.A. und B.A. gegen Departement Volkswirtschaft und Inneres des Kantons Aargau (Beschwerde in Zivilsachen)

- Urteil 5A_748/2014, 21 mayo 2015 (141 III 312) der II. zivilrechtlichen Abteilung i.S. Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement gegen A.B. und Mitb. (Beschwerde in Zivilsachen)
- Administrative Court of Saint Gallen (Verwaltungsgericht St. Gallen) (19/08/2014) B 2013/158

REINO UNIDO

- Sentencia del caso “In the matter of Z (a child) (No. 2)” [2016] EWHC 1191 (Fam.)
- Sentencia del caso “Re A” [2015] EWHC 1756 (Fam.)
- Sentencia del caso “In the matter of Z (a child: Human Fertilisation and Embryology Act: parental order)” [2015] EWFC73 (Fam.)
- Sentencia del caso “Re X (a child) (Surrogacy: Time Limit)” [2014] EWHC 3135 (Fam.)
- Sentencia del caso “Re TT (a minor)” [2011] EWHC 33 (Fam.)
- Sentencia del caso “Re A & A v. P, P & B” [2011] EWHC 1738 (Fam.)
- Sentencia del caso “Re Z & B v. C and another” [2011] EWHC 3181 (Fam.)
- Sentencia del caso “Re IJ (a child)” [2011] EWHC 921 (Fam.)
- Sentencia del caso “Re K (minors) (foreign surrogacy)” [2010] EWHC 1180 (Fam.)
- Sentencia del caso “Re L (a minor)” [2010] EWHC 3146 (Fam.)
- Sentencia del caso “Re S (applicants)” [2009] EWHC 2977 (Fam.)
- Sentencia del caso “Re X & Y (foreign surrogacy)” [2008] EWHC 3030 (Fam.)
- Sentencia del caso “Re G (Surrogacy: foreign domicile)” [2007] EWHC 2814 (Fam.)

REPÚBLICA SUDAFRICANA

- Case No. 29936/11. South Africa: North Gauteng High Court, Pretoria. Ex parte: WH and Others (29936/11) [2011] ZAGPPHC 185; 2011 (6) SA 514 (GNP); [2011] 4 All SA 630 (GNP) (September 27, 2011)