



universidad  
de león



**GRADO EN RELACIONES LABORALES  
Y RECURSOS HUMANOS  
FACULTAD DE CIENCIAS DEL TRABAJO  
UNIVERSIDAD DE LEÓN  
CURSO 2018/2019**

**LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN EL  
DERECHO COMPARADO Y EN ESPAÑA  
COMO HECHO CAUSANTE DE  
PRESTACIONES  
SURROGATE MOTHERHOOD IN  
INTERNATIONAL COMPARATIVE LAW AND  
IN SPAIN AS THE TRIGGERING FACTOR OF  
BENEFITS**

Realizado por la Alumna D. JANNA LISBET LORENZO MORALES

Tutorizado por la Profesora D. M<sup>a</sup> DE LOS REYES MARTÍNEZ BARROSO

## ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	4
OBJETIVOS.....	6
METODOLOGÍA.....	7
1 CONSIDERACIONES INICIALES .....	8
1.1 Concepto de gestación subrogada.....	8
1.2 Naturaleza jurídica del contrato .....	9
1.3 Causas .....	10
1.4 Modalidades de subrogación .....	11
2 LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL DERECHO COMPARADO .....	12
2.1 Países donde se encuentra expresamente prohibida.....	13
2.1.1 Francia .....	13
2.1.2 Italia.....	15
2.1.3 Austria .....	15
2.2 Admisión, solo cuando es altruista y bajo ciertos requisitos y condiciones ....	15
2.2.1 Reino Unido.....	16
2.2.2 India.....	18
2.3 Admisión amplia de la gestación por sustitución .....	19
2.3.1 Ucrania.....	19
2.3.2 Rusia.....	20
2.4 El turismo reproductivo .....	21
2.4.1 Principales problemas de la subrogación transnacional .....	23
3 LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.....	24
3.1 Los asuntos <i>Menesson y Lebasse contra Francia</i> .....	25
3.2 El asunto <i>Paradiso y Campanelli contra Italia</i> .....	27

4	LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL DERECHO ESPAÑOL.....	29
4.1	La prohibición de la maternidad subrogada en España .....	29
4.2	El régimen jurídico del reconocimiento de la filiación.....	31
4.2.1	La Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009 .....	31
4.2.2	La Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010.....	33
4.2.3	La posición del Tribunal Supremo .....	34
4.2.4	Las Instrucciones de la DGRN de 14 y 18 de febrero de 2019 sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución .....	36
5	EL DERECHO A LA PRESTACIÓN POR MATERNIDAD DE LOS PADRES COMITENTES.....	37
5.1	La doctrina unificada .....	39
5.2	Compatibilidad del antiguo subsidio de paternidad con la prestación de maternidad en caso de gestación subrogada monoparental .....	42
6	PROPUESTA DE LEGE FERENDA .....	43
	CONCLUSIONES.....	48
	BIBLIOGRAFÍA .....	51
	ANEXOS.....	54
	ANEXO 1: Mapa situación de la gestación por sustitución en el mundo 2019 .....	54
	ANEXO 2: Mapa situación de la gestación por sustitución en Europa 2019.....	55
	ANEXO 3: Mapa situación de la gestación por sustitución en EE.UU. 2019.....	56
	ANEXO 4: Resumen cronológico, régimen jurídico y jurisprudencia de la gestación por sustitución en España .....	57
	ANEXO 5: Otras regulaciones en el Derecho Comparado .....	58

## **RESUMEN**

En el presente Trabajo de Fin de Grado se estudia en profundidad la actual situación de la gestación por sustitución en España, así como sus causas y consecuencias. Para ello, el punto de partida del análisis es la gestación por sustitución desde una perspectiva internacional, analizando especialmente países que cuentan con una regulación legal al respecto, así como la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Por su parte, desde la óptica del Derecho español, se estudian los problemas de filiación que ha suscitado el recurso a esta técnica de reproducción asistida en el extranjero y el régimen jurídico de la misma. Finalmente, se contempla un análisis jurisprudencial para determinar si existe o no derecho a las prestaciones por nacimiento y cuidado de menor en los supuestos de maternidad subrogada y se establece una propuesta de regulación.

## **ABSTRACT:**

This project presents a comprehensive study of the current situation of surrogacy in Spain, as well as its causes and consequences. The starting point of this analysis is surrogacy through an international perspective, analyzing especially countries that have a legal regulation concerning surrogacy, like the jurisprudence of the European Court of Human Rights. For its part, Spanish Law examines the issues of parentage that have occurred due to assisted reproductive technology carried out in other countries and its legal system. Finally, an analysis of jurisprudence is carried out to determine whether or not the right to benefits for motherhood exists in cases of surrogate pregnancies and a proposal for regulation is established.

**Palabras clave:** Gestación subrogada, Técnica de reproducción asistida, Interés superior del menor, Filiación, Reconocimiento, Regulación, Madre gestante, Prestaciones, Derechos.

**Keywords:** Surrogate pregnancy, Assisted Reproductive Technology, Higher interest for minors, Parentage, Recognition, Regulation, Pregnant mothers, Benefits, Rights.

## INTRODUCCIÓN

Los avances científicos y tecnológicos que ha experimentado la medicina en los últimos tiempos, en cuanto a las técnicas de reproducción humana asistida<sup>1</sup>, han dado lugar a una renovada y amplia gama de posibilidades para poder ser madre o padre, que sustituyen el método tradicional para conseguirlo.

El aumento de la esterilidad, la legalización de los matrimonios homosexuales que desean tener acceso a la paternidad, así como el creciente deseo de muchas personas de crear vínculos monoparentales compuestos por un solo progenitor sin necesidad de formar una pareja, trae consigo que el uso de estas técnicas sea cada vez más habitual<sup>2</sup>. Estas estructuras familiares conllevan, además, la emersión de nuevas relaciones paterno filiales<sup>3</sup>, provocando que el legislador deba enfrentarse a importantes desafíos en su regulación.

Dentro de las técnicas de reproducción asistida, la denominada gestación por sustitución es la que mayor controversia ha suscitado, tanto a nivel internacional como nacional, pues se trata de una cuestión polémica, en la que no existe consenso en cuanto a su licitud y en la que se pueden vulnerar muchos intereses que deberían ser protegidos, especialmente la dignidad de la madre gestante y los intereses de los menores que nacen como fruto de esta técnica.

Se trata de una realidad social que en los últimos años ha cobrado especial importancia, dado que se trata de un problema constante y recurrente que ha suscitado grandes debates de orden ético, ideológico, jurídico e incluso económico. En la actualidad, los países que la regulan mantienen diversas posturas respecto a esta práctica, optando unos por su prohibición expresa, mientras que otros establecen su legalidad. La disparidad existente entre unos países y otros en cuanto a su tratamiento legislativo provoca que

---

<sup>1</sup> Según la OMS las Técnicas de Reproducción Asistida “son todos los tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo”.

<sup>2</sup> VILAR GONZÁLEZ, S.: “Situación actual de la gestación por sustitución”, *Revista de Derecho de la UNED*, núm. 14, 2014, p. 899.

<sup>3</sup> MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: “La maternidad y paternidad tradicional frente a los nuevos retos como la maternidad/paternidad subrogada, adopción, guarda y acogimiento de menores”, en AA.VV. (RODRÍGUEZ INIESTA, G., ORTIZ CASTILLO, F. y ORTEGA LOZANO, P., Coords): *Protección a la familia y Seguridad Social. Hacia un nuevo modelo de protección Sociolaboral*, Madrid (Laborum), 2018, p. 417.

quienes decidan llevar a cabo este proceso se encuentren restringidos en virtud de los términos que establezca la legislación del país de origen, y además por la solvencia económica que le permita acudir a otro país donde la técnica esté permitida y establezca condiciones más favorables.

En España, el art.10.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida declara nulo de pleno derecho el contrato de gestación por sustitución. Sin embargo, la regulación sobre la materia es escasa, lo que provoca situaciones de incertidumbre derivadas del nacimiento de niños por esta técnica en países cuya regulación sí la permite. Surge así un encendido debate interno, tanto en el ámbito civil (en cuanto al derecho de los comitentes a la inscripción en el Registro del nacido), como en el ámbito de la Seguridad Social (en cuanto a la concesión de las prestaciones por maternidad y paternidad, actualmente denominadas prestaciones económicas por nacimiento y cuidado de menor)<sup>4</sup>.

Con relación a la inscripción de la filiación del menor a favor de los comitentes, entra a formar parte del régimen jurídico español la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante, DGRN) de 5 de octubre de 2010, que establece una serie de requisitos para que dicha inscripción se pueda llevar a cabo y cuyo objetivo es proteger el interés superior del menor. Por su parte, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha adoptado una línea jurisprudencial respecto al derecho de las prestaciones de Seguridad Social, dado que ni la normativa legal ni la reglamentaria específica contemplan la gestación por sustitución como hecho causante de las prestaciones por nacimiento y cuidado de menor.

El confuso panorama legislativo español en cuanto a este proceso provoca el surgimiento de muchos interrogantes que requieren una respuesta inmediata por parte del legislador, ya que se trata de un tema de máxima actualidad que progresa cada vez más y en el que se ven implicadas partes muy vulnerables que precisan de una especial protección.

---

<sup>4</sup> CORRAL GARCÍA, E.: “Algunas contradicciones recientes en el derecho de familia: nulidad de la gestación por sustitución y pensiones de viudedad en parejas de hecho”, *Diario la Ley*, núm. 9428, 2019, p. 1.

## OBJETIVOS

El *objetivo fundamental* de este trabajo es analizar el actual panorama legislativo y jurisprudencial de la gestación por sustitución en España, para así determinar cuáles son las carencias que presenta la regulación de esta figura y los diversos problemas que surgen de la misma.

Para el cumplimiento de este objetivo principal se establecen los siguientes *objetivos secundarios* que permiten tener una visión más amplia de la cuestión:

- 1º. Explicar en qué consiste la gestación por sustitución.
- 2º. Comparar las diversas posturas que presentan los distintos ordenamientos jurídicos en cuanto a la gestación por sustitución desde una óptica internacional.
- 3º. Analizar qué es el turismo reproductivo e identificar cuáles son sus principales consecuencias.
- 4º. Estudiar los aspectos sobre los que se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos respecto a la gestación por sustitución, así como la postura que mantiene el mismo hasta el momento.
- 5º. Examinar dónde se encuentra regulada la gestación por sustitución en el ordenamiento jurídico español.
- 6º. Plantear propuestas de regulación que puedan solventar los problemas que se han suscitado a lo largo de los últimos años respecto a esta práctica cada vez más recurrente.

Para cubrir estos objetivos, el trabajo se ha estructurado en diferentes bloques. El epígrafe 1 estudia el concepto de la gestación por sustitución, así como la naturaleza jurídica del contrato y las causas y modalidades que existen. El epígrafe 2 analiza la situación de la cuestión en el Derecho internacional desde una perspectiva comparada. En el epígrafe 3 se lleva a cabo un análisis jurisprudencial de los pronunciamientos más importantes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos acerca de la gestación por sustitución. Finalmente, en los epígrafes 4, 5 y 6 se estudian cómo está regulada la gestación por sustitución en España, el régimen jurídico de la misma en cuanto a la filiación, los pronunciamientos del Tribunal Supremo con relación al derecho de la prestación por maternidad en estos casos y se establece una propuesta de regulación.

## **METODOLOGÍA**

Las fuentes de información utilizadas para la elaboración de este Trabajo de Fin de Grado son clasificadas como fuentes secundarias. Se ha aplicado una metodología analítica-descriptiva y comparada, que trata de dilucidar el concepto de la gestación por sustitución y sus causas y consecuencias tanto a nivel nacional como internacional.

La revisión teórica se ha llevado a cabo siguiendo las directrices y recomendaciones de la tutora, realizando la correspondiente recopilación bibliográfica para conocer el estado de la cuestión, que ha implicado la consulta de libros y monografías que abordan el tema, así como de diversos artículos publicados en revistas especializadas y la doctrina jurisprudencial en cuanto a la gestación por sustitución adoptada por los órganos que ejercen la función jurisdiccional.

La obtención de todo el repertorio bibliográfico ha sido posible gracias a las bases de datos que ofrece la Universidad de León a través de su página web, siendo de mucho apoyo las sugerencias y aportaciones recibidas en cuanto a bibliografía por parte de la tutora. Además, se ha recurrido a otras fuentes, como es el portal bibliográfico de Dialnet y la revista jurídica Diario la Ley. Por su parte, para localizar la resoluciones judiciales más relevantes sobre el tema, adoptadas tanto por los Tribunales Superiores de Justicia como por el Tribunal Supremo, se ha utilizado la base de datos jurisprudencial de Aranzadi.

Dado que se trata de una investigación jurídica, también se ha procedido a analizar la legislación aplicable a la materia, consultando las normas a través de bases de datos oficiales internas como son Noticias Jurídicas o el Boletín Oficial del Estado, y siempre teniendo en cuenta el debate social y las consecuencias que han surgido de la aplicación de tales disposiciones legales. Además se ha consultado la normativa jurídica de otros países.

Por último, se ha sintetizado en mapas y a través de un resumen cronológico de fácil comprensión, una parte de la información obtenida en cuanto al Derecho comparado y la situación de la materia en España, respectivamente. Para la elaboración de los mapas se ha utilizado la plataforma de análisis Tableau y para el resumen cronológico se ha empleado el programa de presentación Microsoft PowerPoint.



# 1 CONSIDERACIONES INICIALES

## 1.1 Concepto de gestación subrogada

La maternidad subrogada, gestación subrogada, maternidad por sustitución, gestación por sustitución o, en términos coloquiales, “vientre de alquiler” o “útero de alquiler” se puede definir como “un negocio jurídico en virtud del cual una mujer se compromete a llevar a cabo la gestación de un embrión mediante técnicas de reproducción asistida, a cambio o no de un precio y asumiendo la obligación de entregar al nacido a otra u otras personas, llamadas comitentes”<sup>5</sup>. En otros términos, aquella situación en la que una mujer se somete a técnicas asistidas para llevar a cabo la gestación, comprometiéndose a entregar al recién nacido a los padres comitentes, de forma onerosa o lucrativa<sup>6</sup>.

En el ordenamiento jurídico español, el concepto legal se encuentra recogido en el art.10.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, que la define como “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”. Sin embargo, la definición más aceptada por la doctrina es la que se ha formulado en la Sentencia núm. 826 de la Sección 10ª de la Audiencia Provincial de Valencia, de 23 de noviembre de 2011, que define la maternidad subrogada como “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”<sup>7</sup>.

De acuerdo con las definiciones anteriores, la maternidad subrogada constituye un contrato, que puede realizarse de forma gratuita o mediando una contraprestación económica, dependiendo de cuál sea la causa que motiva a la madre gestante.

---

<sup>5</sup> ALZAGA RUÍZ, I.: “Maternidad Subrogada y Prestaciones de Seguridad Social”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 134, 2018, p. 15.

<sup>6</sup> MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: “La maternidad y paternidad tradicional frente a los nuevos retos como la maternidad/paternidad subrogada, adopción, guarda y acogimiento de menores”, cit., p. 417

<sup>7</sup> VILAR GONZÁLEZ, S.: “Situación actual de la gestación por sustitución”, cit., p. 900.

## 1.2 Naturaleza jurídica del contrato

El contrato derivado de la maternidad subrogada no se encuentra tipificado, por lo que la doctrina lo equipara bien con el contrato de arrendamiento de servicios, bien con el de arrendamiento de obra, sirviéndose para ello del método de fecundación *in vitro*, por implantación a la madre gestante del embrión resultante de la unión de los gametos<sup>8</sup> o del de inseminación artificial.

En dicho contrato intervienen tres partes:

- En primer lugar, los *padres comitentes o intencionales*, que son quienes realizan el encargo para ser sustituidos en el proceso de gestación, pudiendo ser en este caso una sola persona o una pareja, casados o no, de naturaleza hetero u homosexual y que pueden aportar sus propios gametos<sup>9</sup> o no.
- En segundo lugar, *la madre gestante o subrogada*, que se compromete a gestar en su vientre el embrión y que, tras el parto, deberá entregar al recién nacido a los padres comitentes, renunciando a todos los derechos que le pudieran corresponder con relación a él, básicamente la relación de filiación del hijo respecto a ella.
- Y en tercer lugar, el *equipo médico*, que se encarga de practicar la implantación del embrión a la portadora<sup>10</sup> o de llevar a cabo la inseminación artificial, en su caso.

Es posible que intervenga una cuarta parte, en el supuesto de que los comitentes no puedan aportar sus células sexuales, en cuyo caso se trataría de los *donantes de los gametos*<sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup> FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOSES, A. S.: “Eficacia jurídico-registral del contrato de gestación subrogada”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, 2011 (versión electrónica: BIB 2011/1357), p. 1.

<sup>9</sup> Definido según la RAE como cada una de las células sexuales, masculina y femenina, que al unirse forman el huevo de las plantas y de los animales.

<sup>10</sup> FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOSES, A. S.: “Eficacia jurídico-registral del contrato de gestación subrogada”, cit., p. 1.

<sup>11</sup> ARAGÓN GÓMEZ, C.: “La legalización de facto de la maternidad subrogada. A propósito de los recientes pronunciamientos de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo con respecto a las prestaciones por maternidad”, *Revista de Información Laboral*, núm. 4, 2017 (versión electrónica: BIB 2017/11072), p. 2.

### 1.3 Causas

Son diversas las circunstancias que justifican que los comitentes recurran a esta técnica de reproducción asistida<sup>12</sup>. La situación más evidente es la infertilidad y, en función de la idoneidad del óvulo para la fecundación, la comitente podrá decidir si utilizar o no el material genético de la madre gestante.

Por otra parte, teniendo en cuenta la orientación sexual, este proceso satisface el deseo de ser padres de parejas de hombres homosexuales e incluso de hombres sin pareja que desean tener hijos<sup>13</sup>, como ha trascendido en el caso de muchos famosos que han recurrido a él<sup>14</sup>.

Otra de las razones que mueve a los padres comitentes a optar por esta vía es la dificultad y el tiempo preciso para llevar a cabo otros procesos para ser padres como, por ejemplo, la adopción<sup>15</sup>.

También pueden darse circunstancias por las que una mujer decida no llevar a cabo una gestación, como son razones de estética, laborales, posible transmisión de enfermedades, etc., pero sin renunciar a la maternidad, con aportación o no de sus propios óvulos.

En último término, se puede dar incluso la circunstancia de que la mujer haya muerto, habiendo dejado embriones congelados, por lo que se ha de recurrir necesariamente a una madre gestante.

Asimismo, es preciso tener en cuenta las motivaciones que inducen a una mujer a ser madre gestante de un niño que no es suyo, pues es la otra parte necesaria que interviene en el proceso. Podrían ser de índole económico; tratarse de un acto altruista, o bien motivado por cualquier otra condición psicológica o social<sup>16</sup>.

---

<sup>12</sup> ALZAGA RUÍZ, I.: “Maternidad Subrogada y Prestaciones de Seguridad Social”, cit., pp. 15-16.

<sup>13</sup> HERNÁNDEZ ÁVILA, C.J.: “La maternidad subrogada en el derecho comparado”, *Cadernos de Derecho Actual*, núm. 6, 2017, p. 317.

<sup>14</sup> Las caras de Cristiano Ronaldo, Ricky Martin o Miguel Bosé han sido de las más mediáticas.

<sup>15</sup> ALZAGA RUÍZ, I.: “Maternidad Subrogada y Prestaciones de Seguridad Social”, cit., pp. 15-16.

<sup>16</sup> HERNÁNDEZ ÁVILA, C.J.: “La maternidad subrogada en el derecho comparado”, cit., p. 317.

## 1.4 Modalidades de subrogación

Para conseguir que la madre gestante o portadora quede embarazada se pueden utilizar las alternativas que ofrece la reproducción asistida, la inseminación artificial o la fecundación *in vitro*, dependiendo del caso<sup>17</sup>.

En cuanto a las modalidades de la maternidad subrogada, se pueden distinguir dos grupos de clasificación:

1º. Teniendo en cuenta el vínculo genético entre la madre gestante y el hijo, se distingue entre subrogación tradicional y subrogación gestacional<sup>18</sup>:

→ *La subrogación tradicional*. - Se caracteriza por que la madre gestante, además de aportar su útero, también aporta sus óvulos, lo que implica que la misma se convierte, además, en madre biológica del neonato<sup>19</sup>, en tanto que la madre intencional no posee ningún vínculo genético con el mismo<sup>20</sup>. Por tanto, el embarazo se produce mediante inseminación artificial con espermia del padre comitente o de un donante.

→ *La subrogación gestacional*. - En este caso la madre gestante solo aporta su útero para llevar a cabo la gestación, puesto que el óvulo se obtiene de la madre comitente o, en su defecto, de una donante, lo que implica que no existe ninguna relación genética entre la gestante y el niño nacido. Ello supone que, en esta modalidad, el embarazo se produce siempre mediante fecundación *in vitro*, y el embrión fecundado se implanta en la madre gestante<sup>21</sup>.

Dentro de esta modalidad pueden darse, a su vez, tres submodalidades distintas, en función de quienes hayan aportado los gametos para la fecundación:

---

<sup>17</sup> JOUVE DE LA BARREDA, N.: “Perspectivas biomédicas de la maternidad subrogada”, *Cuadernos de bioética*, núm. 97, 2017, p. 154.

<sup>18</sup> ARAGÓN GÓMEZ, C.: “La legalización de facto de la maternidad subrogada. A propósito de los recientes pronunciamientos de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo con respecto a las prestaciones por maternidad”, cit., p. 1.

<sup>19</sup> LEONSEGUI GUILLOT, R.A.: “La maternidad portadora, sustituta, subrogada o de encargo”, *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, núm. 7, 1994, p. 320.

<sup>20</sup> HERNÁNDEZ ÁVILA, C.J.: “La maternidad subrogada en el derecho comparado”, cit., p. 317.

<sup>21</sup> REGALADO TORRES, M.D.: “Efectos, consecuencias y regulación de la maternidad subrogada” *Femeris*, núm. 2, 2016, p. 15.

- a) Subrogación gestacional de un embrión que es resultado de la unión de dos gametos (óvulo y espermatozoide) que proceden de donantes, por lo que no existe ningún vínculo genético.
- b) Subrogación gestacional de un embrión con el que uno de los padres intencionales mantiene un vínculo genético, obteniendo el otro gameto de un donante.
- c) Subrogación gestacional de un embrión que es el resultado de la unión de dos gametos que proceden de los padres comitentes, por lo que ambos mantienen una vinculación genética con el niño<sup>22</sup>.

El supuesto de la subrogación tradicional es el que mayor problema puede suscitar, al existir un vínculo biológico entre la madre gestante y el niño, por lo que en muchos ordenamientos en los que está permitida la subrogación gestacional, aquella se encuentra, por el contrario, expresamente prohibida<sup>23</sup>.

- 2º. Desde un punto de vista económico, se distingue entre subrogación altruista y subrogación comercial. En la primera no media compensación económica; sin embargo, algunos ordenamientos jurídicos permiten que se compensen los gastos derivados de la gestación. En cambio, en la conocida subrogación comercial, media un precio entre la madre gestante y los comitentes<sup>24</sup>.

## **2 LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL DERECHO COMPARADO**

En numerosos países la gestación subrogada se encuentra regulada, aun cuando resulta complejo establecer una línea normativa común en las distintas legislaciones, puesto

---

<sup>22</sup> ARAGÓN GÓMEZ, C.: “La legalización de facto de la maternidad subrogada. A propósito de los recientes pronunciamientos de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo con respecto a las prestaciones por maternidad”, cit., p. 1.

<sup>23</sup> VILAR GONZÁLEZ, S.: “Situación actual de la gestación por sustitución”, cit., p. 902.

<sup>24</sup> VILAR GONZÁLEZ, S.: “Situación actual de la gestación por sustitución”, cit., p. 902.

que no existe un texto internacional que establezca unas normas mínimas respecto a la misma<sup>25</sup>.

Para comprender la situación, es preciso hacer un análisis legislativo de diversos Estados que regulan la materia, estudiando los aspectos singulares que los diferencian. Lo primero que se observa es la gran disparidad de criterio en función del país de que se trate, pero básicamente pueden darse, según el Derecho comparado, tres posturas<sup>26</sup>: países donde se encuentra expresamente prohibida; admisión solo cuando es altruista y bajo ciertos requisitos y condiciones; y admisión amplia<sup>27</sup>.

## 2.1 Países donde se encuentra expresamente prohibida

En muchos ordenamientos se prohíben expresamente los acuerdos de gestación por sustitución, tanto comercial como altruista<sup>28</sup>. Así, la mayor parte de los países europeos tales como Francia, Alemania, Suecia, Suiza, Italia, Austria o España<sup>29</sup>, tienen una regulación específica al respecto, que establece la nulidad de dichos acuerdos<sup>30</sup>. Además, otros países fuera de la Unión Europea (en adelante, UE) que establecen una prohibición por ley de la maternidad subrogada son Arabia Saudí, Pakistán o Turquía, así como ciertos Estados de EE.UU<sup>31</sup>.

### 2.1.1 Francia

La regulación más restrictiva de la UE en cuanto a la gestación subrogada se encuentra en Francia, pues están vetadas todas las modalidades de gestación por sustitución<sup>32</sup>. El

---

<sup>25</sup> INSTITUTO VASCO DE LA MUJER.: “Informe: ¿Gestación subrogada o vientres de alquiler?” *EMAKUNDE*, 2017, pp. 20-22. Disponible en: <http://emakunde.blog.euskadi.eus/wp-content/uploads/2018/07/INFORMECOMPLETO21042018.pdf>. (Consultado: 18/02/2019).

<sup>26</sup> Ver anexo 1.

<sup>27</sup> LAMM, E.: *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada, ni vientres de alquiler*, Barcelona (Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona), 2013, p. 118.

<sup>28</sup> VILAR GONZÁLEZ, S.: “Situación actual de la gestación por sustitución”, cit., p. 903.

<sup>29</sup> Ver anexos 2 y 5.

<sup>30</sup> LAMM, E.: “Gestación por sustitución”, *Revista para el Análisis del derecho*, núm. 3, 2012, p. 11.

<sup>31</sup> Arizona, Michigan y Nueva York consideran un delito penal participar en el proceso de gestación subrogada. Nebraska, Indiana, Kansas o Luisiana contemplan como nulo el acuerdo de gestación subrogada. Disponible en: <https://www.babygest.es/estados-unidos/#existe-alguna-ley-de-maternidad-subrogada>. (Consultado: 18/02/2019). Ver anexo 3.

<sup>32</sup> INSTITUTO VASCO DE LA MUJER.: “Informe: ¿Gestación subrogada o vientres de alquiler?”, cit., pp. 32-59.

*Comité Consultatif National d'Ethique*<sup>33</sup> francés, en sus Opiniones sobre este tema, ha puesto de manifiesto estar en contra de esta práctica<sup>34</sup>. En su Opinión núm.3, del 23 de octubre de 1984, argumenta que la gestación por sustitución puede servir a intereses comerciales y provocar que las mujeres gestantes sean explotadas material y psicológicamente. Tal postura negativa se reafirma en la Opinión núm. 90, de 24 de noviembre de 2005, y en la Opinión núm. 110, de mayo de 2010, disponiendo esta última que la gestación subrogada va en contra de la dignidad humana y que puede causar graves secuelas emocionales en los hijos<sup>35</sup>.

El legislador francés sigue la misma línea, ya que el Código Civil francés considera nulo cualquier contrato de gestación subrogada. Así, en su art. 16.7 dispone que “todo convenio relativo a la procreación o la gestación por cuenta de otro será nulo”, apartado que fue establecido por la Ley 94-653, de 29 de julio de 1994, sobre el respeto al cuerpo humano, que además prohíbe la donación de óvulos y embriones<sup>36</sup>. Asimismo, contempla en el art.16.9 que las disposiciones de ese capítulo son de orden público.

Siguiendo la misma línea, el Código Penal, en el art. 227.12, contempla como delito la acción de actuar como intermediario entre la madre gestante y los padres comitentes, por lo que tal hecho es castigado con pena de prisión y multa, duplicando las penas en el caso de que medie finalidad de lucro. Se condenan, además, los casos de sustitución voluntaria, simulación u ocultación de datos que hayan provocado un atentado al estado civil del niño, así como la tentativa (art. 227.13)<sup>37</sup>.

La gestación subrogada en Francia puede suponer desde una multa hasta penas de prisión y la Administración solo puede imponer el castigo a quienes realizan esta práctica en el territorio francés<sup>38</sup>.

---

<sup>33</sup> Órgano consultivo francés que tiene como misión “asesorar sobre las cuestiones éticas planteadas por la investigación en los campos de la biología, la medicina y la salud, ya sea que estos problemas afecten al hombre, a los grupos sociales o a la sociedad en general” (art.1 Decreto núm. 83-132, de 23 de febrero de 1983, por el que se crea un Comité Consultivo Nacional de Ética para las Ciencias de la Vida y la Salud).

<sup>34</sup> HERNÁNDEZ ÁVILA, C.J.: “La maternidad subrogada en el derecho comparado”, cit., p. 328.

<sup>35</sup> LAMM, E.: *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada, ni vientres de alquiler*, cit., p. 119.

<sup>36</sup> AZNAR DOMINGO, A y DELGADO SÁNCHEZ, A.: “Regulación y análisis de la gestación por sustitución en España”, *Diario La Ley*, núm. 9099, 2017, p. 8.

<sup>37</sup> HERNÁNDEZ ÁVILA, C.J.: “La maternidad subrogada en el derecho comparado”, cit., p. 328.

<sup>38</sup> INSTITUTO VASCO DE LA MUJER: “Informe: ¿Gestación subrogada o vientres de alquiler?”, cit., p. 32.

### **2.1.2 Italia**

La Ley italiana núm. 40, de 19 de febrero de 2004, sobre normas en materia de procreación médica asistida, en su art. 4.3, establece la prohibición de asistir a cualquier tipo de técnica de procreación médicamente asistida de tipo heteróloga (aquella en la que ambos gametos, o uno de ellos, procede de un donante), lo que evidencia que queda prohibida la gestación por sustitución. En tal sentido, el art. 12.6 de esa misma ley establece la nulidad del contrato de gestación por sustitución en cualquiera de sus modalidades, sancionando con multas de 600.000 a un millón de euros y penas de prisión de tres meses a tres años a quienes recurran a la maternidad subrogada, la organice o comercialice<sup>39</sup>.

### **2.1.3 Austria**

Según la Ley de medicina reproductiva de Austria de 1992, no es posible ni la donación de ovocitos ni la de embriones. Tal disposición normativa, según lo establecido en su art. 3, solo permite el uso de gametos de la pareja sometida a la técnica de reproducción asistida, con la salvedad de que el hombre sea estéril, en cuyo caso se admite la donación de semen, recurriendo únicamente a la técnica de inseminación artificial. Por lo tanto, en Austria no se establecen como alternativas posibles ni la donación de ovocitos, ni la maternidad subrogada<sup>40</sup>.

## **2.2 Admisión, solo cuando es altruista y bajo ciertos requisitos y condiciones**

En algunos países se admite la gestación subrogada, pero siempre que se cumplan una serie de requisitos, es decir, manteniendo ciertas limitaciones, como ocurre en el caso del Reino Unido, Canadá, Brasil, Israel, Grecia, México DF, Australia, Sudáfrica, Nueva Zelanda o Portugal<sup>41</sup>.

Dentro de esta postura, se pueden distinguir dos grupos de legislaciones. El primero regula un procedimiento de “*pre-aprobación*” de los acuerdos de gestación por sustitución, los cuales deben presentar los padres intencionales y la madre gestante ante

---

<sup>39</sup> LAMM, E.: *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada, ni vientres de alquiler*, cit., p. 127.

<sup>40</sup> LAMM, E.: *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada, ni vientres de alquiler*, cit., p. 128.

<sup>41</sup> SALAZAR BENÍTEZ, O.: *La gestación para otros: un reflexión jurídico-constitucional sobre el conflicto entre deseos y derechos*, Madrid (Dykinson), 2018, p. 108. Ver anexos 1, 2 y 5.



una institución (un juez, tribunal o comité, especialmente constituido para dicho proceso), que será la encargada de examinar si se cumplen las condiciones establecidas en la legislación para aprobar dicho acuerdo antes de iniciarse el tratamiento<sup>42</sup>. Dentro de este grupo se encuentran Grecia, Israel o Sudáfrica<sup>43</sup>.

En el segundo grupo se encuentran aquellas legislaciones que regulan la gestación por sustitución *ex post facto*, es decir, el proceso que establecen se centra en la transferencia de la filiación post-parto. Ello implica una regulación de los pasos a seguir para que los padres comitentes puedan obtener la paternidad legal del recién nacido como fruto del acuerdo de gestación por sustitución<sup>44</sup>. Un ejemplo dentro este grupo es el Reino Unido.

### 2.2.1 Reino Unido

En el Reino Unido está permitida la gestación subrogada, pero bajo muchas restricciones, por lo que es legal, pero de una manera limitada. Es una práctica que se encuentra muy influida por la legislación británica<sup>45</sup>, por el informe Warnock<sup>46</sup>, que aconsejó que todo acuerdo de gestación por sustitución sea declarado ilegal y se sancionara criminalmente a quienes creasen establecimientos comerciales con el fin de acoger a mujeres para llevar a cabo la gestación<sup>47</sup>.

En 1985 se aprobó la *Surrogacy Arrangements Act*<sup>48</sup>, que prohíbe la actividad comercial de la gestación por sustitución, imponiendo una sanción penal en caso de que se lleven a cabo acuerdos de este tipo y la publicidad de los mismos. Sin embargo, se autoriza la gestación por sustitución cuando existen razones médicas que la justifiquen, siempre que no haya intermediarios, no medie precio y no implique la ejecución de un contrato.

---

<sup>42</sup> LAMM, E.: “Gestación por sustitución”, cit., p. 13.

<sup>43</sup> SALAZAR BENÍTEZ, O.: *La gestación para otros: un reflexión jurídico-constitucional sobre el conflicto entre deseos y derechos*, cit., p. 108.

<sup>44</sup> LAMM, E.: “Gestación por sustitución”, cit., p. 15.

<sup>45</sup> HERNÁNDEZ ÁVILA, C.J.: “La maternidad subrogada en el derecho comparado”, cit., p. 330.

<sup>46</sup> Reporte del Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology, presidido por Mary Warnock.

<sup>47</sup> LAMM, E.: *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada, ni vientres de alquiler*, cit., p. 131.

<sup>48</sup> Modificada por la Ley de 1 de noviembre de 1990 y la Ley de Fecundación y Embriología Humana (Human Fertilisation and Embryology Act, 2008).

Se admite la cobertura de los gastos razonables de la gestante por la gestación, sin que ello prive al contrato de su modalidad altruista<sup>49</sup>.

Actualmente se atribuye la filiación a la madre gestante, con independencia de que haya aportado o no su material genético. En el caso de que la gestante esté casada, se le asigna la paternidad a su cónyuge, salvo que se demuestre que este no prestó su consentimiento para la gestación por sustitución. Para que la filiación sea transferida a los padres intencionales, deberán solicitarla ante los tribunales, siendo necesario que transcurra un periodo de reflexión de 6 semanas, otorgado a la gestante. Pasado dicho periodo y una vez presentada la solicitud, el juez transmitirá la filiación del hijo de la gestante a los padres comitentes mediante una *parental order*, lo que provoca la concurrencia de dos actas de nacimiento<sup>50</sup>.

Es preciso poner de relieve que, en caso de que la gestante no se halle casada, ni en una unión civil, es posible que uno de los padres intencionales figure como el otro padre, pero la gestante es quien figura siempre como madre en el momento del nacimiento y para que se pueda llevar a efecto la transferencia de filiación es necesaria la *parental order* y, por consiguiente, su consentimiento. Lo que diferencia la legislación del Reino Unido frente a otras es que garantiza que la madre gestante pueda cambiar de opinión antes y durante las 6 semanas siguientes al parto, estudiando el consentimiento y analizando el interés superior del nacido<sup>51</sup>.

Para la concesión de la orden parental, la *Human Fertilisation and Embryology Act (en adelante, HFEA)* de 2008 establece, en su art. 54, la necesidad de cumplir una serie de requisitos, además de los mencionados en los párrafos anteriores:

- Al menos uno de los padres intencionales debe aportar su material genético, por lo que es necesario que se pruebe ante un tribunal. En caso de que ninguno de los comitentes tenga una relación genética con el hijo, la única opción será la adopción.
- Los comitentes deben estar casados, formar una unión civil (incluso del mismo sexo)<sup>52</sup>, o ser dos personas que convivan como pareja de manera prolongada y no deben mantener grados de parentesco prohibidos. Igualmente, deben ser personas

---

<sup>49</sup> LAMM, E.: *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada, ni vientres de alquiler*, cit., p. 132.

<sup>50</sup> HERNÁNDEZ ÁVILA, C.J.: “La maternidad subrogada en el derecho comparado”, cit., p. 330.

<sup>51</sup> LAMM, E.: *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada, ni vientres de alquiler*, cit., p. 133.

<sup>52</sup> Posible desde la entrada en vigor de la HFEA (1 de abril de 2009).

mayores de 18 años y el hogar del niño debe ser el de los padres intencionales, tanto en el momento en que se solicita la orden parental, como cuando la misma es otorgada.

- El plazo para solicitar la orden parental será dentro de los 6 meses a contar desde el día del nacimiento del niño.
- La ley establece la exigencia de que uno o ambos comitentes esté domiciliado en el Reino Unido, tanto en el momento de solicitar la orden parental como en el momento de su concesión<sup>53</sup>.

### 2.2.2 India

Desde el año 2002, la maternidad subrogada en India ha sido considerada legal en la modalidad comercial, tanto para nacionales como para extranjeros, a pesar de no existir entonces una regulación legal de la materia<sup>54</sup>. Ello provocó que la India fuera durante muchos años uno de los principales destinos para llevar a cabo un contrato de gestación por sustitución<sup>55</sup>.

Sin embargo, en el año 2016 se aprobó una ley bajo la denominación de *Subrogacy (Regulation) Bill, 2016*<sup>56</sup>, que establece una serie de restricciones respecto de la maternidad subrogada. A partir de su entrada en vigor solo pueden acceder a esta técnica quienes cumplen los siguientes requisitos: ser nacional de la India, extranjero que resida en la India o que esté casado con un ciudadano de allí o ser una pareja casada heterosexual que tenga problemas de fertilidad y llevar casados al menos 5 años. La

---

<sup>53</sup> LAMM, E.: *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada, ni vientres de alquiler*, cit., pp. 134-141.

<sup>54</sup> Regida por las denominadas “Guías nacionales para la acreditación, supervisión y regulación de las clínicas de técnicas de reproducción asistida en la India”. SALAZAR BENÍTEZ, O.: *La gestación para otros: un reflexión jurídico-constitucional sobre el conflicto entre deseos y derechos*, cit., p. 109.

<sup>55</sup> De hecho, en el año 2012 según los datos procedentes de la Confederación de la Industria India (CII) el negocio de la gestación por sustitución creció aproximadamente unos 2,3 millones de dólares, convirtiendo a la India en la capital mundial de la maternidad subrogada. Fue considerado por los extranjeros como un destino idóneo para llevar cabo esta práctica por varias razones, entre ellas el precio era 5 veces más barato que en EEUU, y además el proceso era muy fácil ya que la ley siempre reconocía el derecho de los padres comitentes. Disponible en: <https://www.babygest.es/india/#por-que-era-un-destino-tan-solicitado> (Consultado: 06/03/2019).

<sup>56</sup> Disponible en: [http://164.100.47.4/BillsTexts/LSBillTexts/Asintroduced/257\\_LS\\_2016\\_Eng.pdf](http://164.100.47.4/BillsTexts/LSBillTexts/Asintroduced/257_LS_2016_Eng.pdf) (Consultado: 07/03/2019).

gestación subrogada solo será posible en la modalidad altruista y la gestante debe ser una pariente cercana<sup>57</sup>.

## 2.3 Admisión amplia de la gestación por sustitución

Existen otros países que consideran la maternidad subrogada como una práctica legal<sup>58</sup>: Ucrania, Rusia, Georgia y algunos Estados norteamericanos<sup>59</sup>, entre otros. A continuación se estudiará el marco de regulación de Ucrania y Rusia.

### 2.3.1 Ucrania

Ucrania es uno de los pocos países europeos que permite la gestación subrogada como técnica de reproducción asistida y es el lugar donde menos restricciones y más libertad hay para acudir a ella<sup>60</sup>.

La regulación de la materia se encuentra en el Código Civil y en el Código de Familia ucranianos. Así, el Código Civil en su art. 281.7 establece, bajo la denominación “*el derecho a la vida*”, que “una mujer adulta o un hombre tiene derecho a ser curado por medio de técnicas de reproducción asistida sujetas a las indicaciones médicas y en los términos y según el procedimiento prescrito por la ley”. Estos preceptos se refieren a cualquier persona física, sin importar su nacionalidad<sup>61</sup>.

Por otra parte, el art. 123.2 del Código de Familia, establece las exigencias legales que se han de cumplir para poder llevar a cabo la gestación por sustitución: los comitentes han de ser una pareja heterosexual casada; al menos uno de los comitentes debe aportar sus gametos, siendo aconsejable que lo aporten ambos miembros de la pareja; la comitente debe tener una causa médica que justifique la imposibilidad de poder llevar a cabo un embarazo, o llevar a cabo el mismo sin que ello suponga un peligro para su vida o la del niño. Por su parte, la gestante ha de ser mayor de edad, competente, haber

---

<sup>57</sup> Disponible en: <https://www.babygest.es/india/>. (Consultado: 20/03/2019).

<sup>58</sup> ESTRADA MORA, E.: “Maternidad Subrogada: Desarrollo Conceptual y Normativo”, *Departamento de Investigación y Documentación Parlamentaria*, núm. 26, 2018, p. 12.

<sup>59</sup> Actualmente permitida normativa o jurisdiccionalmente en California, Connecticut, Delaware, New Hampshire, Nevada, Wisconsin y Rhode Island. Ver anexo 3.

<sup>60</sup> SALAZAR BENÍTEZ, O.: *La gestación para otros: un reflexión jurídico-constitucional sobre el conflicto entre deseos y derechos*, cit., p. 109.

<sup>61</sup> HERNÁNDEZ ÁVILA, C.J.: “La maternidad subrogada en el derecho comparado”, cit., p. 333.

tenido como mínimo un hijo propio y estar en condiciones físicas y psicológicas para poder llevar a cabo la gestación<sup>62</sup>.

En cuanto a la determinación de la filiación del niño, el Código de Familia establece que “si un embrión concebido por los cónyuges (un hombre y una mujer) por medio de técnicas de reproducción asistida se ha transferido al cuerpo de otra mujer, los padres del niño serán el matrimonio”, por lo que la madre gestante no tiene ningún derecho sobre el niño y tampoco puede reclamar la filiación del mismo cuando se ha utilizado el material genético de los comitentes<sup>63</sup>. Tras el nacimiento del bebé, para que los padres intencionales puedan registrarlo en Ucrania necesitan un certificado de nacimiento y la renuncia por parte de la gestante al niño recién nacido. En el caso de que la gestante se niegue a firmar la renuncia, será un juez el encargado de obligarle a renunciar<sup>64</sup>.

### **2.3.2 Rusia**

La regulación de la gestación subrogada en Rusia se encuentra en el Código de Familia de la Federación de Rusia y en la Ley Federal sobre las bases de protección de la salud de los ciudadanos de la Federación de Rusia de 2012<sup>65</sup>.

Pueden ser comitentes las parejas heterosexuales, estén casadas o no, y las mujeres solteras (que deben aportar sus propios óvulos, dado que no se permiten donantes), quedando prohibido el acceso a la gestación subrogada a las parejas homosexuales. La comitente debe demostrar su incapacidad médica para llevar a cabo un embarazo. Solo es admitida la gestación subrogada gestacional, aquella en la que los gametos proceden de los comitentes o de un donante<sup>66</sup>.

En cuanto a la gestante, solo pueden serlo aquellas mujeres que presten su consentimiento voluntario de ser parte del proceso, siempre que cumplan con los siguientes requisitos: tener entre 20 y 35 años, ser madre de un hijo propio previamente

---

<sup>62</sup> Disponible en: <https://www.babygest.es/ucrania/> (Consultado: 22/03/2019).

<sup>63</sup> HERNÁNDEZ ÁVILA, C.J.: “La maternidad subrogada en el derecho comparado”, cit., p. 334.

<sup>64</sup> INSTITUTO VASCO DE LA MUJER.: “Informe: ¿Gestación subrogada o vientres de alquiler?”, cit., p. 25.

<sup>65</sup> LAMM, E.: “Gestación por sustitución”, cit., p. 17.

<sup>66</sup> HERNÁNDEZ ÁVILA, C.J.: “La maternidad subrogada en el derecho comparado”, cit., p. 333.

y que esté sano y tener una buena salud física y mental<sup>67</sup>. Además, si la gestante está casada, es necesario el consentimiento del cónyuge.

En cuanto a la filiación del nacido, para que los comitentes se inscriban como padres del menor, es necesario el consentimiento de la gestante, la cual renuncia, por tanto, a esa relación de filiación. Debe ir acompañado, además, por un documento expedido por la clínica, que certifique que la gestante ha prestado su consentimiento, ya que la misma puede hacer uso de su derecho de quedarse con el niño. Desde el momento en que los padres comitentes figuren como tales en el certificado de nacimiento, los derechos y deberes paternos del niño pasan de la gestante a los comitentes, sin que sea posible que aquella reclame la maternidad posteriormente ni que estos renuncien a ella<sup>68</sup>. En caso de que la gestante decida quedarse con el niño, será ella quien figure como madre legal del mismo<sup>69</sup>.

## **2.4 El turismo reproductivo**

El “turismo reproductivo” puede ser definido como el desplazamiento de aquellas personas que desean acceder a las técnicas de reproducción asistida, desde un país donde una técnica determinada está prohibida a otro donde es posible conseguirla<sup>70</sup>. La existencia de este tipo de turismo se justifica por la diversidad de respuestas que los ordenamientos dan a ciertas técnicas de reproducción asistida (en este caso, la gestación por sustitución), lo que provoca que quienes son receptores de la misma intenten eludir la ley de su país de origen cuando la misma se encuentre expresamente prohibida, cuando un grupo social está excluido o incluso para evitar costes mayores y acceder a lugares donde sea más económico<sup>71</sup>.

---

<sup>67</sup> LAMM, E.: “Gestación por sustitución”, cit., p. 17.

<sup>68</sup> Disponible en: <https://www.babygest.es/rusia/#ley-rusa-de-gestacion-por-sustitucion> (Consultado: 09/04/2019).

<sup>69</sup> HERNÁNDEZ ÁVILA, C.J.: “La maternidad subrogada en el derecho comparado”, cit., p. 333.

<sup>70</sup> FARNÓS AMORÓS, E.: “European Society of Human Reproduction and Embriology 26th Annual Meeting”, *Revista para el análisis del derecho*, núm. 3, 2010, p. 7.

<sup>71</sup> HERNÁNDEZ ÁVILA, C.J.: “La maternidad subrogada en el derecho comparado”, cit., p. 338.

La gestación por sustitución ha llegado a convertirse en un negocio lucrativo en el que intervienen muchas partes<sup>72</sup>. Es la técnica de reproducción asistida más cara, en tanto se encuentra entre los 50.000 € y los 180.000€, de los cuales la madre gestante solo cobra una cuarta parte. El precio final varía dependiendo del país en que se realice el proceso y de las exigencias personales de los comitentes<sup>73</sup>.

Los destinos preferidos para el turismo reproductivo fueron durante muchos años países como Tailandia, Camboya o India, favorecidos por los bajos precios, lo cual causó gran controversia pública por las denominadas “*fábricas de bebés*” que se crearon en algunos de ellos. Un ejemplo claro de este escándalo, se suscitó en la India en 2012, provocando la posterior instauración de límites para el acceso a la maternidad subrogada, llevando a la prohibición en la actualidad para los extranjeros. Una vez que la India dejó de ser un destino preferente para extranjeros, Ucrania ha ocupado su lugar, convirtiéndose en estos momentos en “*el vientre de Europa*”. La elección se justifica también por el precio, pues en Ucrania el salario mínimo equivale a 155€ y la compensación económica que recibe la madre gestante (alrededor de 10.000€) representa aproximadamente el salario que retribuye 5 años de trabajo<sup>74</sup>.

Este tipo de turismo representa una situación preocupante, ya que, debido al alto coste que tiene la maternidad subrogada, solo se pueden permitir acceder a ella quienes cuentan con suficientes recursos económicos. Además, no resulta posible controlar de forma exhaustiva la calidad y seguridad de los servicios que se ofrecen, lo que implica que las madres gestantes y los niños se enfrenten a determinados riesgos, provocando que mujeres residentes en países subdesarrollados sean explotadas por quienes acuden desde países más ricos<sup>75</sup>.

---

<sup>72</sup> En España, a pesar de estar legalmente prohibido, se estima que cada año llegan entre 800 y 1.000 niños gestados por una madre sustituta. Disponible en: [https://elpais.com/politica/2017/02/17/actualidad/1487346402\\_358963.html](https://elpais.com/politica/2017/02/17/actualidad/1487346402_358963.html) (Consultado: 26/04/2019).

<sup>73</sup> Disponible en: <https://www.babygest.es/precio/> (Consultado: 26/04/2019).

<sup>74</sup> ARAGÓN GÓMEZ, C.: “La legalización de facto de la maternidad subrogada. A propósito de los recientes pronunciamientos de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo con respecto a las prestaciones por maternidad”, cit., p. 4.

<sup>75</sup> LAMM, E.: “Gestación por sustitución”, cit., p. 22.

### 2.4.1 Principales problemas de la subrogación transnacional

Estos procesos transfronterizos tropiezan con una primera dificultad, que es la imposibilidad de que los padres intencionales y el niño puedan regresar al país de residencia porque al niño no le emiten el pasaporte o los documentos de viaje.

Ello ocurre en aquellos países donde la gestación por sustitución está permitida y consideran padres legales a los comitentes, pero sus leyes no conceden la nacionalidad a los hijos de extranjeros nacidos en su territorio, por ejemplo, en Ucrania y Rusia. Para adquirir los documentos de viaje es necesario que los niños obtengan la nacionalidad de los padres de intención derivada del *ius sanguinis*, por lo que la filiación debe estar otorgada a los comitentes previamente<sup>76</sup>.

En estos casos, los comitentes deben solicitar la documentación necesaria ante la representación consular de su país para que el niño pueda viajar, que en muchos casos es denegado sobre la base de las políticas públicas<sup>77</sup>, especialmente por la violación del orden público y el fraude a la ley. Su denegación suele justificarse en que en el Estado de los padres de intención la gestación por sustitución no está permitida y, por tanto, no es posible reconocer la filiación a los mismos.

El hecho de que las normas de filiación en los dos países no coinciden, aboca a una situación de filiación incierta con un nacido apátrida, encontrándose en un limbo jurídico, atrapado en un país del que no es posible salir y donde los comitentes no pueden permanecer por mucho tiempo a causa de los controles de migración<sup>78</sup>.

Además, y en segundo término, no se reconoce la filiación en el país de los padres intencionales, previamente reconocida en el país donde se llevó a cabo la gestación por sustitución, por razones de orden público.

Esto ocurre cuando la gestación por sustitución se lleva a cabo en un país donde la misma está permitida y el niño nacido adquiere la nacionalidad de ese país, aunque los

---

<sup>76</sup> HERNÁNDEZ ÁVILA, C.J.: “La maternidad subrogada en el derecho comparado”, cit., p. 339.

<sup>77</sup> SALAZAR BENÍTEZ, O.: *La gestación para otros: un reflexión jurídico-constitucional sobre el conflicto entre deseos y derechos*, cit., p. 111.

<sup>78</sup> HERNÁNDEZ ÁVILA, C.J.: “La maternidad subrogada en el derecho comparado”, cit., p. 339.



comitentes sean extranjeros<sup>79</sup>, sin embargo, los problemas comienzan cuando los comitentes regresan con el niño al país de origen e intentan obtener la filiación legal del mismo, siendo denegada por razones de orden público. Esto da lugar a un conjunto de dificultades relacionadas, sobre todo, con la adquisición y ejercicio de la paternidad, la manutención y la ley de sucesiones. Para solucionar esta problemática, los tribunales de muchos Estados de la Unión Europea recurren a una adopción formal u otras medidas de Derecho de familia (por ejemplo, Austria, Bélgica, Dinamarca, Italia, Irlanda, los Países Bajos, Suecia y Reino Unido), con el fin de garantizar cierta seguridad jurídica, tanto para el menor como para los padres comitentes<sup>80</sup>.

Debido a todos estos inconvenientes, la Conferencia de Derecho Internacional Privado de la Haya, en abril de 2012, elaboró un informe acerca de los problemas que suscita la gestación por sustitución transnacional, poniendo de manifiesto la importancia de aprobar una regulación mínima internacional como marco de cooperación entre autoridades, capaz de favorecer el reconocimiento de las filiaciones de un país que permite legalmente la gestación por sustitución en otro donde la misma esté prohibida<sup>81</sup>.

### **3 LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS**

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) es el órgano con mayor potestad judicial en cuanto a la garantía de los derechos humanos y libertades fundamentales contempladas en el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante, CEDH)<sup>82</sup>.

Antes de analizar la jurisprudencia emanada de dicho órgano, es necesario tener en cuenta que el mismo no se ha pronunciado explícitamente sobre la licitud de estos contratos. El propio Tribunal ha reconocido que es un asunto en el que no hay un

---

<sup>79</sup> Algunos Estados de EE. UU. permiten la maternidad subrogada. Según las normas de extranjería de EE.UU, los niños que nacen allí adquieren la nacionalidad del país. LAMM, E.: “Gestación por sustitución”, cit., p. 22.

<sup>80</sup> SALAZAR BENÍTEZ, O.: *La gestación para otros: un reflexión jurídico-constitucional sobre el conflicto entre deseos y derechos*, cit., p. 110.

<sup>81</sup> VILAR GONZÁLEZ, S.: “Situación actual de la gestación por sustitución”, cit., p. 926.

<sup>82</sup> INSTITUTO VASCO DE LA MUJER.: “Informe: ¿Gestación subrogada o vientres de alquiler?”, cit., p. 27.

consenso europeo y, por tanto, los Estados tienen un margen de apreciación amplio para determinar la política más adecuada para regular la materia<sup>83</sup>

Sus principales pronunciamientos han versado sobre el reconocimiento de la filiación a favor de los padres comitentes en el Estado de residencia de los mismos, cuando la gestación por sustitución se lleva a cabo en países donde es legal, ya que este es uno de los principales problemas jurídicos que genera el “turismo reproductivo”. La esencia jurídica de sus resoluciones se traduce en el respeto de la vida privada y familiar (art. 8 CEDH)<sup>84</sup>, a partir de la garantía del interés superior del menor, para lo cual resulta necesario reconocer y conservar unos vínculos familiares generados a partir del contrato de gestación por sustitución<sup>85</sup>.

### **3.1 Los asuntos *Menesson y Lebasse contra Francia***

El 26 de junio de 2014 el TEDH dictó sentencia en los asuntos *Menesson*<sup>86</sup> y *Lebasse*<sup>87</sup> *contra Francia*. En ambos procesos se planteó una cuestión idéntica, originada por una maternidad subrogada. Los demandantes eran dos matrimonios que tenían problemas de fertilidad y recurrieron a la técnica de gestación por sustitución en Estados Unidos, en concreto, en California y Minnesota, donde esta técnica está permitida, puesto que en Francia está expresamente prohibida.

Los maridos aportaron sus gametos, mientras que los óvulos procedieron de donantes, implantando los embriones resultantes de la fecundación en el útero de las madres gestantes. De dicha gestación nacieron dos niñas gemelas de un matrimonio, y del otro, una niña. Los tribunales de los Estados de California y Minnesota reconocieron como padres biológicos a los maridos y como madres legales de intención a sus mujeres<sup>88</sup>.

---

<sup>83</sup> SALAZAR BENÍTEZ, O.: *La gestación para otros: un reflexión jurídico-constitucional sobre el conflicto entre deseos y derechos*, cit., pp. 127-128.

<sup>84</sup> El art. 8 CEDH dispone que: “Toda persona tiene derecho al respeto a su vida privada y familiar, a su domicilio y a su correspondencia. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

<sup>85</sup> INSTITUTO VASCO DE LA MUJER.: “Informe: ¿Gestación subrogada o vientres de alquiler?”, cit., p. 27.

<sup>86</sup> STEDH de 26 de junio 2014, asunto núm. 65192/11, caso *Menesson contra Francia*.

<sup>87</sup> STEDH de 26 de junio de 2014, asuntos núm. 65941/11, caso *Lebasse contra Francia*.

<sup>88</sup> LÁZARO PALAU, C.M.: “El concepto de persona como elemento clave de la identidad europea: el caso de la maternidad subrogada”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, Núm. 2, 2019, p. 196.

Empero, las autoridades francesas rechazaron las inscripciones de filiación de las niñas, al considerar que había existido un vicio desde el origen y, por lo tanto, resultaba contraria al ordenamiento público francés<sup>89</sup>.

El Tribunal de Estrasburgo declaró que el Estado francés vulneró el art. 8 CEDH, al no permitir que las actas de nacimiento de las niñas tramitadas en el extranjero fueran inscritas en el Registro Civil francés y al obstaculizar la constitución de un vínculo de filiación entre los padres comitentes y las niñas, y sobre todo cuando estas eran hijas biológicas de aquellos, entendiéndose que el derecho a la vida privada de las menores se puede ver vulnerado por tal indeterminación de su identidad filial. Como se ha indicado con anterioridad, el art.8 del CEDH reconoce el derecho a ejercer la vida privada y familiar sin injerencia de la autoridad pública<sup>90</sup>.

Aunque el TEDH entiende que no existe un consenso en esta materia en Europa, el margen de apreciación para prohibirla o no por razones de orden público se reduce cuando se está ante cuestiones de filiación<sup>91</sup>.

El hecho de que las autoridades francesas no hubieran reconocido la paternidad de las niñas situaba a las menores en una incertidumbre legal en cuanto a la filiación y la ciudadanía francesa. En consecuencia, el interés superior de las menores se estaba viendo perjudicado, ya que los efectos del no reconocimiento de la filiación estaba vulnerando su identidad<sup>92</sup>.

En resumen, los dos motivos que justifican la vulneración del art. 8 CEDH, según las sentencias del TEDH, son, en primer lugar, la indeterminación en cuanto a la identidad de las menores en el Estado francés, y, en segundo término, el no reconocer la filiación a favor de los comitentes, sin tener en cuenta la importancia del factor biológico en la configuración de la identidad personal, puesto que los comitentes eran los padres biológicos de las niñas.

---

<sup>89</sup> ALZAGA RUÍZ, I.: “Maternidad Subrogada y Prestaciones de Seguridad Social”, cit., p. 20.

<sup>90</sup> ARAGÓN GÓMEZ, C.: “La legalización de facto de la maternidad subrogada. A propósito de los recientes pronunciamientos de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo con respecto a las prestaciones por maternidad”, cit., p. 7.

<sup>91</sup> SALAZAR BENÍTEZ, O.: *La gestación para otros: un reflexión jurídico-constitucional sobre el conflicto entre deseos y derechos*, cit., p. 131.

<sup>92</sup> Disponible en: [https://www.babygest.es/los-casos-menesson-y-labassee/](https://www.babygest.es/los-casos-menesson-y-labasse/) (Consultado: 08/05/2019).

A raíz del controvertido caso *Mennesson*, el Tribunal de Casación de Francia solicitó al TEDH una opinión al respecto. Consecuencia de ello, en fecha 10 de abril de 2019, emitió este Tribunal una primera opinión consultiva no vinculante, acerca del problema legal que conlleva reconocer a la madre comitente en caso de que el padre mantenga un vínculo genético con el niño, mientras que la madre no.

El TEDH considera que deben prevalecer los intereses del menor, así como la identificación legal de las personas que se encargan de su cuidado, que saben cuáles son sus necesidades, facilitando, en última instancia, el crecimiento y desarrollo en un entorno apropiado. Por esa razón, el Tribunal destaca que “la imposibilidad de reconocimiento entre el nacido y la madre intencional es incompatible con los intereses más favorables para el niño”.

No obstante, debido a que no existe un consenso en Europa en cuanto a la gestación por sustitución, el Tribunal de Estrasburgo ha estimado que el reconocimiento legal de la relación entre la madre intencional y el niño se encuentra en el margen de apreciación de cada Estado miembro. Puesto que el art. 8 CEDH no recoge una necesidad *ab initio*, o desde el principio, para que sea reconocida la relación legal entre aquellos, el Tribunal apunta que no tiene competencia para ello, sino que dicha competencia recae sobre las autoridades nacionales, que podrán decidir cuándo y en qué condiciones es posible considerar tal reconocimiento legal como realizado, estableciendo la obligación de comprometerse a implementarlo lo más rápido y con la mayor efectividad posible<sup>93</sup>.

### **3.2 El asunto *Paradiso y Campanelli contra Italia***

El TEDH dictó sentencia el 27 de enero de 2015 sobre el caso *Paradiso y Campanelli*<sup>94</sup> *contra Italia*, en la cual fue determinante la misma argumentación de la protección de los intereses del menor, considerando que Italia había vulnerado el art. 8 CEDH<sup>95</sup>.

En el supuesto de hecho, el matrimonio Campanelli Paradiso, tras varios intentos fallidos de fecundación *in vitro*, tomó la decisión de suscribir un contrato de gestación por sustitución en Rusia. El 27 de enero de 2011 nació el niño, que fue registrado como

---

<sup>93</sup> Disponible en: <http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/13903-el-tedh-aboga-por-legalizar-la-relacion-de-la-madre-no-biologica-y-el-bebe-nacido-por-gestacion-subrogada/> (Consultado: 12/05/2019).

<sup>94</sup> STEDH de 27 de enero de 2015, asunto núm. 25358/12, caso *Paradiso y Campanelli contra Italia*.

<sup>95</sup> SALAZAR BENÍTEZ, O.: *La gestación para otros: un reflexión jurídico-constitucional sobre el conflicto entre deseos y derechos*, cit., p. 132.

hijo de los comitentes de acuerdo con lo dispuesto en la legislación rusa, a pesar de no existir ningún vínculo genético entre estos y el menor. En los documentos del parto no figuraba la fecha y, en el certificado de nacimiento ruso, no constaba que se había llevado a cabo mediante gestación por sustitución. Por esta razón, las autoridades italianas rechazaron el registro del nacimiento y los comitentes fueron imputados por alteración del estado civil, infracción de las normas de adopción y falsedad<sup>96</sup>.

Toda esta situación provocó que el Tribunal de Menores tomara la decisión de alejar al niño de los padres intencionales, poniéndolo en manos de los servicios sociales y procediendo a la apertura de un proceso de adopción. Además, se emitió un nuevo certificado de nacimiento en el que constaba que el niño era hijo de padres desconocidos y el menor no recibió una identidad hasta dos años después<sup>97</sup>.

El TEDH entiende que el hecho de que el niño haya convivido 6 meses junto a los padres comitentes indica que ha existido una “vida familiar”, aunque solo fuera durante ese periodo de tiempo, en el que los comitentes han ejercido como padres del menor<sup>98</sup>. A causa de ello, la decisión de las autoridades italianas de separar al niño de los padres comitentes suponía una violación de los derechos que se garantizan en el art. 8 CEDH. Por tanto, el TEDH considera que tal medida es extrema y se debe tener como último recurso cuando surja la necesidad de proteger al menor porque esté expuesto a situaciones de peligro<sup>99</sup>. Por su parte, el Tribunal de Estrasburgo sostiene que el Estado ha de tener en cuenta la protección de los intereses del menor, con independencia de que exista o no una relación genética entre los comitentes y el menor<sup>100</sup>.

En 2017 este caso fue revisado por la Gran Sala del TEDH, la cual dictó sentencia el 24 de enero de ese mismo año, revocando la primera sentencia que se dictó en 2015. En dicho pronunciamiento se estudia si son admisibles las medidas que adoptaron las

---

<sup>96</sup> ALZAGA RUÍZ, I.: “Maternidad Subrogada y Prestaciones de Seguridad Social”, cit., p. 20.

<sup>97</sup> ARAGÓN GÓMEZ, C.: “La legalización de facto de la maternidad subrogada. A propósito de los recientes pronunciamientos de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo con respecto a las prestaciones por maternidad”, cit., p. 23.

<sup>98</sup> INSTITUTO VASCO DE LA MUJER.: “Informe: ¿Gestación subrogada o vientres de alquiler?”, cit., p. 28.

<sup>99</sup> ARAGÓN GÓMEZ, C.: “La legalización de facto de la maternidad subrogada. A propósito de los recientes pronunciamientos de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo con respecto a las prestaciones por maternidad”, cit., p. 23.

<sup>100</sup> SALAZAR BENÍTEZ, O.: *La gestación para otros: un reflexión jurídico-constitucional sobre el conflicto entre deseos y derechos*, cit., p. 133.

autoridades italianas de separar al niño de los padres, entre quienes no existía un vínculo biológico. Es decir, si tales medidas provocan una injerencia en el derecho de los recurrentes al respeto de su vida familiar y privada en virtud de art. 8.1 CEDH y, en caso de que así fuera, si tales medidas fueron adoptadas de acuerdo con el art. 8.2 CEDH<sup>101</sup>.

Esta vez la Gran Sala del Tribunal de Estrasburgo concluye que Italia no ha violado el art. 8 CEDH, argumentando que no había existido una vida familiar de facto en el periodo de tiempo en que el niño estuvo con los padres comitentes, teniendo en cuenta la corta duración del mismo, la no existencia de un vínculo biológico y la incertidumbre de los vínculos desde el punto de vista jurídico. Además, el Tribunal considera que la legislación italiana ha tenido como principal objetivo poner fin a una práctica ilegal. Los demandantes habían infringido las leyes y se tomaron esas medidas para proteger intereses generales importantes, que prevalecen sobre el deseo de ser padres<sup>102</sup>.

Las medidas adoptadas por las autoridades italianas tienen un claro objetivo de evitar que los nacionales recurran al turismo reproductivo para llevar a cabo la gestación por sustitución, práctica que está prohibida en Italia. Por tanto, el hecho de que se permita que el menor nacido a través de esta práctica se quede con los padres comitentes se asimilaría a legalizar la situación creada por los recurrentes, vulnerando importantes leyes del Derecho italiano. Es por eso que el TEDH considera que los tribunales del país pueden separar al niño de los comitentes para hacer cumplir la ley nacional<sup>103</sup>.

## **4 LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL DERECHO ESPAÑOL**

### **4.1 La prohibición de la maternidad subrogada en España**

Al igual que la mayor parte de los países europeos, el ordenamiento jurídico español ha adoptado una postura prohibitiva de la gestación por sustitución. En concreto, el art. 10.1 de la Ley 14/2006 declara 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

---

<sup>101</sup> VELA SÁNCHEZ, A.J.: “A propósito de la Sentencia de la Gran Sala del TEDH de 24 de enero de 2017”, *Diario la Ley*, núm.8953, 2017, p. 8.

<sup>102</sup> SALAZAR BENÍTEZ, O.: *La gestación para otros: un reflexión jurídico-constitucional sobre el conflicto entre deseos y derechos*, cit., p. 134.

<sup>103</sup> ARAGÓN GÓMEZ, C.: “La legalización de facto de la maternidad subrogada. A propósito de los recientes pronunciamientos de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo con respecto a las prestaciones por maternidad”, cit., p. 23.

materna a favor del contratante o de un tercero”. Además, el apartado segundo de ese mismo artículo dispone que la filiación de los niños nacidos a través de dicha técnica será adjudicada por el parto, es decir, la madre legal del niño a todos los efectos será la gestante, con independencia de que tenga o no un vínculo genético con el mismo, primando en este caso el componente gestacional. Por su parte, queda a salvo la posibilidad de reclamar la paternidad en virtud de las reglas generales establecidas (art.10.3 Ley 14/2006).

Aunque el contrato de gestación por sustitución no estuviera expresamente prohibido por el art. 10 de la Ley 14/2006, el mismo sería igualmente nulo de acuerdo con el Derecho civil español. El art.1271 del Código Civil dispone que solo “pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres”, por lo que el contrato sería nulo por ilicitud de la causa y el objeto vulnera el principio de indisponibilidad del cuerpo humano<sup>104</sup>.

Además, el art. 221 del Código Penal castiga con penas de prisión de uno a cinco años y la inhabilitación para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda, por un período de cuatro a diez años, aquellos hechos en “los que mediando compensación económica” entreguen a otra persona o reciban “un hijo descendiente o cualquier menor aunque no concurra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación”, imponiendo la misma pena para quien actúe como intermediario.

Por tanto, la prohibición de la gestación por sustitución encuentra sus fundamentos legales en la Ley 14/2006, el Código civil y el Código Penal. Tal prohibición ha provocado que muchas parejas o personas solteras españolas que desean tener hijos se trasladen a otros países donde la gestación por sustitución es lícita, con la finalidad de lograr descendencia por esta vía e inscribirlos como sus hijos, para que ulteriormente la filiación les sea reconocida en España.

Sin embargo, el interés de los padres comitentes va más allá del reconocimiento de la filiación del hijo nacido, puesto que tener un hijo a través de esta técnica reproductiva despliega efectos jurídicos en muchos otros ámbitos, como son: alimenticio, sucesorio,

---

<sup>104</sup> HERNÁNDEZ ÁVILA, C.J.: “La maternidad subrogada en el derecho comparado”, cit., p. 318.

laboral y de Seguridad Social, al tener la intención de que le sean reconocidas las prestaciones correspondientes<sup>105</sup>.

## **4.2 El régimen jurídico del reconocimiento de la filiación**

En España existe un conjunto de Instrucciones y Resoluciones de la DGRN en los casos en los que el niño es reconocido como hijo de los padres comitentes a través de una resolución expedida en el extranjero, para determinar que tal resolución les valga como título para obtener la filiación en territorio español y el recién nacido sea inscrito como tal. Eso significa el nacimiento de un nuevo español de origen, de acuerdo con lo establecido en el Código Civil: “el hijo de madre o padres españoles, será español”<sup>106</sup>.

### **4.2.1 La Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009**

En cuanto a los efectos jurídicos del reconocimiento de la maternidad subrogada, los primeros pasos se dieron en el ámbito civil. Concretamente, la DGRN dictó una resolución el 18 de febrero de 2009, a través de la cual se permitió la inscripción de una filiación derivada de un contrato de gestación por sustitución de dos niños nacidos en California<sup>107</sup>.

Dicha resolución fue dictada como respuesta a la reclamación interpuesta ante la DGRN por un matrimonio español de Valencia, compuesto por dos varones, quienes habían acudido al Registro Civil Consular de España en Los Ángeles (California, Estados Unidos), para solicitar la inscripción de filiación de dos gemelos, que nacieron a través de un convenio de gestación por sustitución en California. Se llevó a cabo utilizando la modalidad gestacional, por implantación de un embrión obtenido mediante esperma de los varones y el óvulo de una donante<sup>108</sup>.

Sin embargo, el canciller encargado de dicho Registro, el 10 de noviembre de 2008, dictó auto denegando la inscripción de esos niños, basándose en lo dispuesto en el art.10

---

<sup>105</sup> MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: “La maternidad y paternidad tradicional frente a los nuevos retos como la maternidad/paternidad subrogada, adopción, guarda y acogimiento de menores”, cit., p. 419.

<sup>106</sup> ORTEGA GIMÉNEZ, A., COBAS COBIELLA, M. E. y HEREDIA SÁNCHEZ, L.S.: “A propósito del debate surgido por la paralización de las inscripciones de nacimiento por el Consulado español en Kiev”, *Diario la Ley*, núm. 9281, 2018, p. 4.

<sup>107</sup> SALAZAR BENÍTEZ, O.: *La gestación para otros: un reflexión jurídico-constitucional sobre el conflicto entre deseos y derechos*, cit., p. 142.

<sup>108</sup> HERNÁNDEZ ÁVILA, C.J.: “La maternidad subrogada en el derecho comparado”, cit., p. 321.



de la Ley 14/2006, que establece la nulidad de pleno derecho de este tipo de contratos y manifestando que debía considerarse como madre legal de los niños a la gestante. Por otra parte, resaltaba la imposibilidad de que los dos varones fueran padres de los niños, invocando que era necesario que una mujer llevara a cabo la gestación mediante la aportación de sus óvulos<sup>109</sup>.

Ante el auto que denegaba la inscripción, el matrimonio interpuso un recurso frente a la DGRN, la cual dictó la resolución antes mencionada, estimando el mismo y ordenando la inscripción de la filiación de los menores, al considerar que la certificación registral expedida por las autoridades californianas constituía un título válido para inscribir a los niños como hijos de los padres comitentes<sup>110</sup>.

Los argumentos de la DGRN para tomar tal decisión fueron los siguientes:

- a) En primer lugar, consideró que no resultaba de aplicación el art. 10 de la Ley 14/2006, puesto que no es la filiación lo que se trata de determinar, sino el acceso al Registro de una filiación ya determinada. En su lugar debía aplicarse el art. 81 del Reglamento del Registro Civil, el cual estima como título apto para la inscripción “el documento auténtico extranjero, con fuerza en España con arreglo a las leyes o a los Tratados internacionales”.
- b) En segundo lugar, estimó que la inscripción y reconocimiento de la filiación a favor de los padres comitentes no era contraria al orden público internacional español, ya que en España se permite la inscripción de filiación a favor de dos mujeres (art.7.3 Ley 14/2006). El hecho de impedir a dos varones el reconocimiento de filiación sería un supuesto de discriminación por razón de sexo *ex art.14 CE*<sup>111</sup>.
- c) Finalmente, protegía el interés superior del menor, ya que impedir la inscripción de los niños vulneraría lo establecido en el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989<sup>112</sup>. Consideró que el interés superior del menor equivalía al derecho del mismo a disponer de una “filiación única” en los

---

<sup>109</sup> LAMM, E.: *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada, ni vientres de alquiler*, cit., p. 79.

<sup>110</sup> AZNAR DOMINGO, A. y DELGADO SÁNCHEZ, A.: “Regulación y análisis de la gestación por sustitución en España”, cit., p. 4.

<sup>111</sup> SALAZAR BENÍTEZ, O.: *La gestación para otros: un reflexión jurídico-constitucional sobre el conflicto entre deseos y derechos*, cit., pp. 143-144.

<sup>112</sup> ALZAGA RUÍZ, I.: “Maternidad Subrogada y Prestaciones de Seguridad Social”, cit., p. 17.

distintos países, para así evitar que el niño cada vez que cruzara una frontera tuviera unos padres distintos<sup>113</sup>.

Contra la decisión adoptada por la DGRN a través de la Resolución de 18 de febrero de 2009, el Ministerio Fiscal interpuso un recurso, que fue estimado por la Sentencia del Juzgado de Instrucción nº 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010, con lo cual dejó sin efecto la inscripción practicada. El argumento fundamental de este fallo se basó en la nulidad del contrato de gestación por sustitución en el ordenamiento jurídico español, en virtud del art. 10.1 de la Ley 14/2006 y, por consiguiente, la filiación jurídica correspondía a la gestante, ya que en España la filiación de los niños nacidos a través de esta técnica “será determinada por el parto”<sup>114</sup>.

#### **4.2.2 La Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010**

Como consecuencia de la anulación de la Resolución de 18 de febrero de 2009, la DGRN dictó la Instrucción de 5 de octubre de 2010, en la cual rectificó su posición inicial. En tal instrucción se establece como requisito para poder inscribir a los nacidos a través de un contrato de gestación por sustitución en el Registro, presentar una resolución judicial dictada por el Tribunal competente en el Estado donde se lleva a cabo esa práctica, en la cual se determine la filiación del recién nacido a favor de los padres comitentes<sup>115</sup>, debiendo ser la misma objeto de exequátur (procedimiento para declarar a título principal el reconocimiento de una resolución judicial extranjera y, en su caso, para autorizar su ejecución) *ex* art.41.1 Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil.

El establecimiento de este requisito tiene como objetivo controlar la validez del contrato en el país de origen, así como la protección de los intereses del menor y de la madre gestante. Especialmente, tiene como finalidad constatar que la madre gestante haya prestado su consentimiento con plena capacidad jurídica y conocimiento de causa, sin

---

<sup>113</sup> ARAGÓN GÓMEZ, C.: “La legalización de facto de la maternidad subrogada. A propósito de los recientes pronunciamientos de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo con respecto a las prestaciones por maternidad”, cit., p. 5.

<sup>114</sup> ORTEGA GIMÉNEZ, A., COBAS COBIELLA, M. E. y HEREDIA SÁNCHEZ, L.S.: “A propósito del debate surgido por la paralización de las inscripciones de nacimiento por el Consulado español en Kiev”, cit., p. 6.

<sup>115</sup> DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010)”, *Diario la Ley*, núm. 7501, 2010, p. 5.

estar sometida a engaño, violencia o coacción, es decir, libremente y, además, respetando sus derechos procesales, así como la imposibilidad de revocación del consentimiento de las partes y otros requisitos que se establezcan en la normativa del país de origen<sup>116</sup>.

Sin embargo, esta instrucción va en contra del art.10 de la ley 14/2006, que establece la nulidad de los contratos de gestación por sustitución, y por esta razón ha sido objeto de diversas críticas, ya que no se está respetando el principio de jerarquía normativa. Incluso un sector de la doctrina la considera inconstitucional, por transgredir el principio de igualdad<sup>117</sup>. Además el establecimiento de este requisito está llevando a la legalidad el llamado “turismo reproductivo”<sup>118</sup>.

### **4.2.3 La posición del Tribunal Supremo**

La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Valencia fue recurrida ante la Audiencia Provincial de Valencia, que dictó sentencia el 23 de noviembre de 2011, en la que confirmaba el pronunciamiento de instancia. En ella ratifica que no puede justificarse el reconocimiento de la filiación en base al interés superior del menor, ya que en el ordenamiento jurídico español el convenio de gestación por sustitución es nulo. Además, la ley española ofrece vías alternativas para que la filiación de los menores sea inscrita, como son la adopción o la posible determinación de la filiación respecto del padre biológico<sup>119</sup>.

Este asunto llegó en recurso de casación al Tribunal Supremo, cuya sentencia de 6 de febrero de 2014 confirma la dictada por la Audiencia Provincial de Valencia<sup>120</sup>. El Alto Tribunal concluyó que la resolución expedida en California, donde se reconocía la filiación de los menores a favor de los padres comitentes “vulneraba el derecho internacional español” porque no se ajusta a la legalidad y, por tanto, rechazó los efectos jurídicos en España de la certificación registral extranjera, por lo que, en base a lo que

---

<sup>116</sup> SALAZAR BENÍTEZ, O.: *La gestación para otros: un reflexión jurídico-constitucional sobre el conflicto entre deseos y derechos*, cit., p. 148.

<sup>117</sup> LAMM, E.: “Una vez más sobre gestación por sustitución, porque sin marco legal se siguen sumando violaciones a derechos humanos”, *Ars Iuris Salmanticensis*, vol.4, 2016, p. 73.

<sup>118</sup> DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010)”, cit., p. 6.

<sup>119</sup> ALZAGA RUÍZ, I.: “Maternidad Subrogada y Prestaciones de Seguridad Social”, cit., p. 18.

<sup>120</sup> STS, Civil, 6 febrero 2014 (RJ 2014/833).

establece el ordenamiento jurídico español<sup>121</sup>, los comitentes no son considerados padres legales de los niños.

Concretamente, algunos de los argumentos que utilizó el Tribunal Supremo para fundamentar su decisión fueron los siguientes:

- a) El control de la certificación extranjera no solo debe limitarse a los aspectos formales, sino que debe examinar las cuestiones de fondo, en los términos que se establezcan. Es por lo que dicho control está dirigido a verificar que la certificación sea regular y auténtica, de forma que tenga garantías similares a las que se exigen para la inscripción por la ley española.
- b) El ordenamiento jurídico español no acepta que los avances en las técnicas de reproducción humana asistida vulneren la dignidad de la mujer gestante y del niño, puesto que ello supondría la mercantilización y cosificación de ambos.
- c) El hecho de denegar la inscripción de la filiación no constituye un trato discriminatorio porque la causa de la denegación no es que los comitentes sean un matrimonio compuesto por dos varones, sino que la filiación pretendida procede de un contrato de gestación por sustitución, contrato que es considerado nulo en la legislación española. La solución hubiera sido la misma si los comitentes hubieran constituido un matrimonio homosexual integrado por mujeres, un matrimonio heterosexual, una pareja de hecho o una persona sola (hombre o mujer).
- d) El interés superior del menor no es el único principio que se debe tener en cuenta, ya que pueden concurrir otros bienes jurídicos con los que es preciso realizar una ponderación, como son el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, evitar la explotación del estado de necesidad en que pueden encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza o impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación.
- e) No ha resultado probado que alguno de los comitentes haya aportado sus gametos. Pero el Tribunal Supremo advierte que si los menores tienen relaciones familiares de “facto” con los recurrentes se debe partir de este dato y permitir el desarrollo y la protección de estos vínculos.

---

<sup>121</sup> ORTEGA GIMÉNEZ, A., COBAS COBIELLA, M. E. y HEREDIA SÁNCHEZ, L.S.: “A propósito del debate surgido por la paralización de las inscripciones de nacimiento por el Consulado español en Kiev”, cit., p. 6.

Al no estar de acuerdo con el fallo, los demandantes interpusieron incidente de nulidad de actuaciones, al amparo de los arts. 228 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 241 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. La sentencia del Tribunal Supremo de 2014 fue confirmada por el Pleno de la Sala de lo Civil del mismo Tribunal en auto de 2 de febrero de 2015<sup>122</sup>. En dicho auto, se tomaron en cuenta los pronunciamientos del TEDH que tuvieron lugar poco tiempo después de la Sentencia de 6 de febrero de 2014 y que ya han sido expuestos en el apartado de jurisprudencia del TEDH. Sin embargo, en el auto se argumentó que no había lugar para declarar la nulidad de la sentencia recurrida, ya que en los asuntos *Menesson* y *Lebasse*, la autoridades francesas denegaron el reconocimiento de la filiación entre los niños y los padres comitentes, incluso el reconocimiento a favor del padre biológico, por lo que no se trata de casos idénticos. El Derecho francés y el español presentan diferencias, ya que en España es posible que los padres comitentes utilicen los cauces que se establecen para obtener la filiación. Por tanto, no resulta aplicable la jurisprudencia del TEDH<sup>123</sup>.

#### **4.2.4 Las Instrucciones de la DGRN de 14 y 18 de febrero de 2019 sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución**

Recientemente, ha saltado la polémica por la situación de muchos españoles que se han trasladado a Ucrania para llevar a cabo un convenio de gestación por sustitución, país en donde no se obtiene resolución judicial previa a la filiación porque su legislación no lo contempla así<sup>124</sup>. Como consecuencia de esta práctica se han quedado atrapados allí con sus hijos, al no cumplir el requisito previo que establece la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 para que el consulado español le reconozca la filiación.

Ante esta situación, la DGRN dictó la Instrucción de 14 febrero de 2019, en la que se modificaban los requisitos para poder inscribir a los niños nacidos a través de maternidad subrogada en el extranjero, estableciendo la posibilidad de llevar a cabo una

---

<sup>122</sup> (RJ 2015/141)

<sup>123</sup> ARAGÓN GÓMEZ, C.: “La legalización de facto de la maternidad subrogada. A propósito de los recientes pronunciamientos de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo con respecto a las prestaciones por maternidad”, cit., pp. 6-7.

<sup>124</sup> Esta situación también se presenta en otros países donde la gestación por sustitución está permitida como son Rusia, Georgia o Tailandia. Es posible en Estados Unidos, ya que su legislación contempla una sentencia judicial en estos casos. FLORES RODRÍGUEZ, J.: “Atrapados en un vientre de alquiler en Ucrania: ¿Bioética o biopoder?”, *Diario la Ley*, núm. 9388, 2019, p. 1.

prueba de ADN que demostrara la paternidad o maternidad genética de quien haya aportado sus gametos, pudiendo el comitente que no tuviera vinculación genética acudir a un procedimiento de adopción posteriormente<sup>125</sup>.

Sin embargo, el Ministerio de Justicia decidió dejar sin efectos esta Instrucción, dictándose una nueva el 18 de febrero de 2019 por la DGRN, que derogaba la anterior, y estableciendo que las solicitudes de inscripción de los hijos nacidos a partir de su publicación solo será posible si se aporta una resolución judicial, tal como establece la Instrucción de 5 de octubre de 2010<sup>126</sup>.

## **5 EL DERECHO A LA PRESTACIÓN POR MATERNIDAD DE LOS PADRES COMITENTES**

La actual prohibición de la gestación por sustitución en el ordenamiento jurídico español ha provocado que muchos españoles que desean ser padres acudan a países donde esta práctica es legal. Sin embargo, esta situación provoca distintos problemas jurídicos con relación a la prestación por nacimiento y cuidado de menor, debido a la falta de regulación expresa de estos supuestos<sup>127</sup>.

Las normas sociales reguladoras en este escenario son las siguientes:

A) Dentro del marco contractual, el RD Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, TRET), en sus arts. 45.1.d y 48, reconoce el derecho a la suspensión del contrato con reserva del puesto de trabajo durante dieciséis semanas ininterrumpidas en los casos de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, ampliables en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo cuando se trate de supuestos de carácter múltiple<sup>128</sup>. Y además se establece la posibilidad de que en caso de que fallezca la madre, el otro progenitor pueda disfrutar de tal suspensión<sup>129</sup>.

---

<sup>125</sup> VELA SÁNCHEZ, A.J.: “A propósito de la pesadilla de Kiev y de la malograda Instrucción de la DGRN de 14 de febrero de 2019”, *Diario la Ley*, núm. 9396, 2019, p. 10.

<sup>126</sup> FLORES RODRÍGUEZ, J.: “Atrapados en un vientre de alquiler en Ucrania: ¿Bioética o biopoder?”, cit., p. 1.

<sup>127</sup> ALZAGA RUÍZ, I.: “Maternidad Subrogada y Prestaciones de Seguridad Social”, cit., p. 23.

<sup>128</sup> MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: “La maternidad y paternidad tradicional frente a los nuevos retos como la maternidad/paternidad subrogada, adopción, guarda y acogimiento de menores”, cit., pp. 419-420.

<sup>129</sup> ALZAGA RUÍZ, I.: “Maternidad Subrogada y Prestaciones de Seguridad Social”, cit., p. 24.

B) Por otra parte, con el objetivo de que la ausencia de rentas durante el periodo de suspensión sea compensada, el RD Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante, TRLGSS), en los arts.177 y ss., otorga un subsidio económico en los casos de “nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento familiar”, y además, cabe añadir otra situación más de acuerdo a lo dispuesto en el art.2.1 RD 295/2009, de 6 de marzo, que es la “tutela sobre menor por designación de persona física, cuando el tutor sea un familiar que, de acuerdo con la legislación civil, no pueda adoptar al menor”<sup>130</sup>.

Por tales razones, el Instituto Nacional de Seguridad Social (en adelante, INSS), venía denegando la prestación por maternidad en los casos de gestación por sustitución, por no encontrarse comprendida en ninguno de los supuestos descritos. Además, la entidad gestora se basa en la ilegalidad de la técnica en el ordenamiento jurídico español<sup>131</sup>.

Como consecuencia de las constantes denegaciones por parte del INSS para conceder la prestación por maternidad, surgieron diversas posiciones no uniformes en los Tribunales Superiores de Justicia. En unos casos, su criterio era favorable a la concesión<sup>132</sup>, al tener en cuenta que su finalidad es también la atención y el cuidado del menor, pero en otros se denegaba tal derecho, con base en la doctrina del TJUE<sup>133</sup>. No obstante, el Derecho de la Unión Europea, pese a que no obliga a los Estados miembros a reconocer la prestación por maternidad en los casos de gestación por sustitución, no excluye la posibilidad de que aquellos pueden dictar disposiciones legales más favorables<sup>134</sup>.

---

<sup>130</sup> BALLESTER PASTOR, M<sup>a</sup>. A.: *La prestación por maternidad*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2013, pp. 33-35.

<sup>131</sup> ALZAGA RUÍZ, I.: “Maternidad Subrogada y Prestaciones de Seguridad Social”, cit., p. 24.

<sup>132</sup> Entre las sentencias que han reconocido la prestación por maternidad se pueden citar las siguientes: Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2, de Oviedo, de 9 de abril de 2012; SSTSJ, Social, Madrid 18 octubre 2012 (AS 2012\2503), 13 marzo 2013 (JUR 2013\291496); Cataluña 23 noviembre 2012 (AS 2013\845), 1 julio 2015 (AS 2015\1826); Asturias 20 septiembre 2012 (AS 2012\2485).

<sup>133</sup> RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. y MARTÍNEZ BARROSO, M. R.: “El Tribunal Supremo ante la gestación por sustitución: reconocimiento de prestaciones por maternidad derivadas de un negocio jurídico nulo y la necesaria tutela del interés del menor”, *Revista Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 2, 2017, pp. 55 y ss.

<sup>134</sup> ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: “Maternidad subrogada y prestaciones de maternidad y paternidad”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 8, 2016, p. 89.

## 5.1 La doctrina unificada

Ante diversas posiciones contradictorias de los Tribunales, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo se ha pronunciado en unificación de doctrina, estimando varios recursos<sup>135</sup>, con respecto al derecho a la prestación por maternidad en los casos de gestación por sustitución.<sup>136</sup>

Para analizar la posición del Tribunal Supremo conviene centrarse en la sentencia de 25 de octubre de 2016<sup>137</sup>, seguida por otras resoluciones relativas a la prestación por maternidad en la misma línea, pese a las diferencias concretas.

En dicha resolución se analiza hasta qué punto el padre biológico de dos niñas nacidas en la India a través de un vientre de alquiler e inscritas en el Registro Civil del Consulado de España en Nueva Delhi, tiene derecho a la prestación por maternidad. En este caso, la madre gestante había aportado sus óvulos, renunciando a todos los derechos y acciones legales sobre las niñas y aceptando que las obligaciones derivadas de la patria potestad fuesen ejercidas exclusivamente por el padre<sup>138</sup>.

El demandante solicitó al INSS la prestación por maternidad por el nacimiento de sus dos hijas, la cual le fue denegada por no encontrarse en ninguno de los supuestos protegidos por el ordenamiento jurídico español. Esto provocó la presentación de reclamación previa ante el INSS por parte del solicitante, que también fue desestimada, por lo que interpuso demanda posterior, pero el Juzgado de lo Social decidió absolver a la entidad gestora de la demanda formulada en su contra<sup>139</sup>.

Contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social, el demandante formuló recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, el cual fue estimado por dicha Sala, condenando al INSS al pago de la prestación por

---

<sup>135</sup> SSTS, Social, 25 octubre 2016 (rec.3818/2015); 16 noviembre 2016 (rec.3146/2014) o 30 noviembre de 2016 (rec.3183/2015 y rec.1307/2015).

<sup>136</sup> SALAZAR BENÍTEZ, O.: *La gestación para otros: un reflexión jurídico-constitucional sobre el conflicto entre deseos y derechos*, cit., p. 176.

<sup>137</sup> STS, Social, 25 octubre 2016 (RJ 2016\6167).

<sup>138</sup> CAVAS MARTÍNEZ, F.: “El derecho a la prestación por maternidad del padre que contrata en solitario un vientre de alquiler. Comentario a la Sentencia del Pleno de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, núm. 881/2016, de 25 de octubre (Recud. 3818/2015)”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 10, 2017, p. 185.

<sup>139</sup> ARAGÓN GÓMEZ, C.: “La legalización de facto de la maternidad subrogada. A propósito de los recientes pronunciamientos de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo con respecto a las prestaciones por maternidad”, cit., p. 10.



maternidad durante dieciocho semanas y del subsidio especial por cada hijo a partir del segundo. Contra la sentencia dictada en suplicación, el INSS formuló recurso de casación para la unificación de doctrina ante el Tribunal Supremo, que desestimó dicho recurso, reconociendo el derecho a la prestación por maternidad, basándose en los siguientes argumentos<sup>140</sup>:

1. El Derecho de la Unión Europea no establece previsiones positivas respecto a la prestación por maternidad en los supuestos de gestación por sustitución, no obstante, tampoco excluye esa posibilidad, por lo que los Estados miembros pueden adoptar disposiciones más favorables, de acuerdo a lo establecido en el art. 27.1 de la Directiva 2006/54/CE y el art. 8.1 de la Directiva 2000/78/CE.
2. El hecho de que en el ordenamiento jurídico español se establezca la nulidad de pleno derecho de la gestación por sustitución no implica que quede ausente la necesidad que surge por el nacimiento del menor y su inserción en determinado núcleo familiar, por lo que dicha situación debe ser protegida a través de las prestaciones de Seguridad Social.

Además, cuando el solicitante de la prestación por maternidad es el padre biológico, existen más razones para que le sea concedida, pues en tal caso está constituyendo una unidad familiar monoparental. El hecho de que la madre renuncie a todos los derechos sitúa al padre como único progenitor<sup>141</sup>. A tal efecto, el Tribunal Supremo establece una interpretación analógica en virtud de lo dispuesto en el art. 3.3 del RD 295/2009, que establece que, en caso de fallecimiento de la madre biológica, el otro progenitor puede ser beneficiario de la prestación por maternidad. En este caso, la renuncia por parte de la madre biológica a ejercer la patria potestad sitúa al padre en una situación muy parecida, por lo que el Tribunal entiende que está en condiciones de disfrutar de tal permiso de maternidad (actualmente denominada prestación por nacimiento y cuidado de menor)<sup>142</sup>.

---

<sup>140</sup> SALAZAR BENÍTEZ, O.: *La gestación para otros: un reflexión jurídico-constitucional sobre el conflicto entre deseos y derechos*, cit., p. 176.

<sup>141</sup> ARAGÓN GÓMEZ, C.: “La legalización de facto de la maternidad subrogada. A propósito de los recientes pronunciamientos de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo con respecto a las prestaciones por maternidad”, cit., p. 11.

<sup>142</sup> SALAZAR BENÍTEZ, O.: *La gestación para otros: un reflexión jurídico-constitucional sobre el conflicto entre deseos y derechos*, cit., p. 177.

3. Dicha prestación tiene una doble finalidad; por una parte, el descanso obligatorio y voluntario por el hecho del parto y, por otro lado, velar por la atención y el cuidado del menor<sup>143</sup>.
4. El Tribunal Supremo pone de manifiesto que, en caso de no conceder la protección, se estaría produciendo una discriminación en el trato dispensado al menor por razón de su filiación, vulnerando lo establecido en los arts. 14 y 39.2 de la Constitución, imponiendo este último a los poderes públicos la obligación de asegurar la protección integral de los hijos, iguales estos ante la ley con independencia de su filiación<sup>144</sup>.
5. La actual regulación en el art. 177 TRLGSS y el art. 2.2 RD 295/2009 de la prestación por nacimiento y cuidado de menor no contempla, dentro de los supuestos protegidos, el caso de gestación por sustitución. Sin embargo, dicha regulación permite una interpretación flexible, pudiendo establecerse que la posición de los padres comitentes en la maternidad subrogada es semejante a aquellos que se encuentren en supuestos de adopción o acogimiento. Además, tal interpretación analógica pasa a ser un recurso solo adicional cuando el demandante de la prestación también tenga la paternidad biológica<sup>145</sup>.
6. Por otra parte, el Tribunal Supremo entiende que la prestación derivada de la maternidad debe ser concedida al solicitante, ya que no ha mediado una conducta fraudulenta por su parte y ha existido una integración del menor en el núcleo familiar del padre<sup>146</sup>.

---

<sup>143</sup> GALA DURÁN, C.: “Las novedades en el ámbito del permiso por paternidad y la prestación de maternidad subrogada”, *La Administración Práctica*, núm. 4, 2017, (Versión electrónica: BIB 2017\1167), pp. 4-5.

<sup>144</sup> GALA DURÁN, C.: “Las novedades en el ámbito del permiso por paternidad y la prestación de maternidad subrogada”, cit., pp. 4-5.

<sup>145</sup> ALZAGA RUÍZ, I.: “Maternidad Subrogada y Prestaciones de Seguridad Social”, cit., p. 29.

<sup>146</sup> ARAGÓN GÓMEZ, C.: “La legalización de facto de la maternidad subrogada. A propósito de los recientes pronunciamientos de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo con respecto a las prestaciones por maternidad”, cit., p. 12.

## **5.2 Compatibilidad del antiguo subsidio de paternidad con la prestación de maternidad en caso de gestación subrogada monoparental**

El 25 de enero de 2019, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña dictó una sentencia<sup>147</sup> centrada en determinar si existe o no compatibilidad en la percepción del tradicionalmente denominado subsidio por paternidad y la prestación por maternidad, en el caso de gestación por sustitución expuesto en el punto anterior, donde la madre biológica ha renunciado expresamente al ejercicio de la patria potestad de las dos hijas menores a favor del padre.

A raíz del reconocimiento por parte del Supremo de la prestación por maternidad a favor del padre por su condición de padre biológico de sus dos hijas nacidas en la India, a través de contrato de gestación por sustitución, el INSS inició procedimiento de oficio para reclamar el reintegro del subsidio por paternidad percibido por el padre, al estimar que no resulta compatible con la prestación por maternidad reconocida ulteriormente.

La entidad gestora fundamenta su reclamación en base a la aplicación al caso del art. 23.3 del RD 295/2009, que establece que, cuando solo existe un progenitor, adoptante o acogedor, si este percibe la prestación por maternidad, no podrá acumular el subsidio por paternidad.

Dado que el caso estudiado no tiene una regulación expresa dentro de la normativa aplicable, es necesario acudir a una interpretación analógica de las normas. El hecho de que la madre haya renunciado a todos los derechos sobre las niñas no representa una situación equiparable al fallecimiento de la misma, debido a la falta de voluntariedad en este último caso, por lo que esa renuncia supone la desaparición jurídica de la madre biológica, situación que sí se equipara al supuesto de ausencia de determinación de uno de los progenitores. Por tanto, se justifica la aplicación al caso del art. 23.3 del RD 295/2009, por analogía.

Sigue la Sala a su homóloga, la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, que, en sentencia de 23 de diciembre de 2014<sup>148</sup> y de 12 de febrero de 2016<sup>149</sup>, la dos confirmadas por el Tribunal Supremo, aunque reconoce al padre el derecho a la prestación de maternidad

---

<sup>147</sup> STSJ, Social, Cataluña 25 enero 2019 (JUR 2019/95032).

<sup>148</sup> STSJ, Social, Madrid 23 diciembre 2014 (AS 2015/406).

<sup>149</sup> STSJ, Social, Madrid 12 febrero 2016 (AS 2016/737).

en supuestos de gestación por sustitución, deduce de su importe lo percibido en concepto del entonces denominado subsidio por paternidad.

Por todo ello, el TSJ concluye que son incompatibles la prestación por maternidad y el subsidio por paternidad en el caso de gestación por sustitución en el que la madre biológica ha renunciado expresamente a la patria potestad de las dos hijas menores a favor del padre.

## **6 PROPUESTA DE LEGE FERENDA**

Es evidente que la actual regulación de la gestación por sustitución en España resulta insatisfactoria, lo que ha provocado que surjan diversas controversias tanto en el orden civil como social, sin que haya una opinión unánime al respecto<sup>150</sup>. En consecuencia, no queda a salvo la dignidad de la mujer gestante, que es lo que se pretende proteger a través de la prohibición de esta figura, y además, se ven privados otros bienes jurídicos que también requieren de especial atención, concretamente los intereses de los menores nacidos a través de estas técnicas.

Ante esta realidad, surge la urgente necesidad de que el Estado español adopte un claro posicionamiento con respecto a la gestación por sustitución, ya sea haciendo efectiva la prohibición y llevándola hasta sus últimas consecuencias, o estableciendo su legalidad en determinados supuestos y circunstancias<sup>151</sup>, que procure garantizar debidamente los derechos e intereses de las partes más débiles, esto es, evitando dentro de lo posible la instrumentalización y cosificación de las mujeres, al tiempo que vele por el interés superior del menor<sup>152</sup>.

Desde el punto de vista de quien escribe se considera que la solución más razonable es regular la admisión de la gestación por sustitución, ya que a pesar de la prohibición expresa y el silencio de la ley esta práctica se sigue realizando cada vez más. Una

---

<sup>150</sup> Recientemente, el 15 de enero de 2019, la Audiencia Provincial de Barcelona dictó una novedosa Sentencia (JUR 2019\25547), que condenó a una empresa española por incumplimiento de dos contratos de asesoramiento de gestación por sustitución celebrados con dos parejas de hombres españoles, para realizar la práctica en el estado mexicano de Tabasco. GÁLVEZ CRIADO, A.: “¿Sigue siendo nulo en España el contrato de gestación subrogada? Una duda razonable”, *Diario la Ley*, núm. 9444, 2019, p. 1.

<sup>151</sup> MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: “La maternidad y paternidad tradicional frente a los nuevos retos como la maternidad/paternidad subrogada, adopción, guarda y acogimiento de menores”, cit., p. 436.

<sup>152</sup> SALAZAR BENÍTEZ, O.: *La gestación para otros: un reflexión jurídico-constitucional sobre el conflicto entre deseos y derechos*, cit., p. 220.

regulación adecuada que controle y limite esta práctica puede resultar eficaz para evitar que se forme un verdadero “mercado negro de vientres” en el que la mujer es un objeto utilizado por personas que desean tener un hijo a toda costa<sup>153</sup>, teniendo en cuenta las consecuencias que se pueden derivar de esta técnica para las mujeres más vulnerables de los países en desarrollo<sup>154</sup>.

A continuación se expone una propuesta de regulación de los aspectos más relevantes que debe considerar el legislador, teniendo en cuenta los planteamientos de varios autores.

### *1º. El carácter altruista de la práctica*

Para evitar que las mujeres y los niños sean mercantilizados, la mejor opción sería admitir la gestación por sustitución siempre y cuando no medie contraprestación económica<sup>155</sup>, permitiendo únicamente que se compense a la madre gestante por los gastos o las molestias ocasionadas. De esta forma, la gestante no actuará impulsada por un posible estado de necesidad y disminuiría los efectos negativos que la práctica podría tener en aquellas mujeres que se encuentren en situaciones de mayor vulnerabilidad<sup>156</sup>. Además, este requisito permitiría que todos los españoles puedan acceder a esta técnica en igualdad de condiciones, ya que actualmente es un proceso muy costoso al que solo pueden acceder quienes cuentan con suficientes recursos económicos<sup>157</sup>, puesto que para llevarlo a cabo es necesario ir al extranjero.

### *2º. Supuestos de infertilidad y la no discriminación en el acceso*

Que el contrato de gestación por sustitución sólo sea admitido en supuestos de infertilidad o esterilidad que no pueden solventarse a través de los mecanismos

---

<sup>153</sup> LAMM, E.: “Gestación por sustitución”, cit., p. 31.

<sup>154</sup> SIRVENT HERNÁNDEZ, N.: “Gestación por sustitución y derecho a prestaciones de Seguridad Social. Razones para una regulación urgente”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 205, 2018, p. 3.

<sup>155</sup> Así sucede por ejemplo en los casos de Reino Unido, Grecia, Sudáfrica o Portugal.

<sup>156</sup> SALAZAR BENÍTEZ, O.: *La gestación para otros: un reflexión jurídico-constitucional sobre el conflicto entre deseos y derechos*, cit., p. 221.

<sup>157</sup> VELA SÁNCHEZ, A.J.: “Propuesta de regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España”, *Diario la Ley*, núm. 7621, 2011, pp. 2-3.

contemplados en la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida<sup>158</sup>, siempre que tal situación sea acreditada por un médico.

Por su parte, para evitar vulnerar el principio de igualdad y de no discriminación y teniendo en cuenta la evolución que ha experimentado el Derecho de familia, debería estar permitido tanto a personas solteras como a parejas casadas o de hecho estables, tanto heterosexuales como homosexuales.

### *3º. La transmisión de material genético*

Otro de los requisitos que debería establecer la regulación de la gestación por sustitución es que al menos uno de los padres intencionales debería aportar su material genético, ya que esta práctica sería un instrumento para paliar los problemas que surgen cuando existe incapacidad para llevar a cabo un embarazo, permitiendo así el logro de la paternidad biológica de, al menos, uno de los comitentes. En caso de que ninguno pudiera aportar sus gametos, los comitentes podrían recurrir a la adopción<sup>159</sup>.

### *4º. Controles de idoneidad*

Tanto la madre gestante como los comitentes tendrían que cumplir determinados requisitos de idoneidad que serán controlados a través de los correspondientes profesionales.

En cuanto a la gestante deberían exigirse los siguientes requisitos:

- a) Tener más de 25 años.
- b) Demostrar mediante las pertinentes pruebas médicas y periciales que cuenta con un buen estado de salud tanto física como mental para poder llevar a cabo el embarazo, sin que el mismo suponga un peligro para su salud.
- c) Que haya tenido al menos un hijo sano.
- d) No podrá someterse al proceso más de dos veces.
- e) No tener antecedentes de toxicomanía o alcoholismo.
- f) Debe encontrarse en una situación socio-económica y familiar adecuadas.

---

<sup>158</sup> VELA SÁNCHEZ, A.J.: “Propuesta de regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España”, cit., p. 8.

<sup>159</sup> SALAZAR BENÍTEZ, O.: *La gestación para otros: un reflexión jurídico-constitucional sobre el conflicto entre deseos y derechos*, cit., pp. 229-232.

- g) Podrá ser persona extraña a los contratantes o pariente colateral o por afinidad<sup>160</sup>.

Respecto a los comitentes, deberían cumplir los siguientes requisitos:

- a) Probar que han agotado todas las vías de técnicas de reproducción humana asistida o que no son compatibles con las mismas.
- b) Ser mayores de 25 años.
- c) Deberán pasar una evaluación psicosocial que demuestre que cuentan con la capacidad, aptitud y un buen estado físico y mental para asumir la responsabilidad del cuidado de un menor, del mismo modo que se realiza en los casos de adopción para los adoptantes.
- d) No tener antecedentes penales.

#### *5º. El consentimiento informado y derecho a revocación de la gestante*

Un requisito muy importante sería que la gestante preste su consentimiento tanto antes de someterse al proceso como después del parto, de manera que la misma cuente con un periodo de reflexión durante un tiempo determinado que le otorgue la posibilidad de poder revocar el consentimiento inicial. Como requisito previo al consentimiento inicial de la gestante se debería informar a la misma de todos los riesgos, físicos y psíquicos, que conlleva el proceso. Dicho consentimiento informado, además sería controlado judicialmente por las autoridades competentes.

En cuanto a los comitentes, su consentimiento debe implicar la imposibilidad de renunciar al compromiso adquirido en caso de que el recién nacido nazca con alguna incapacidad<sup>161</sup> o enfermedad, ruptura de parejas o arrepentimiento posterior, en aras de evitar que el menor quede desprotegido o abandonado<sup>162</sup>.

---

<sup>160</sup> VELA SÁNCHEZ, A.J.: “Propuesta de regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España”, cit., p. 10.

<sup>161</sup> Un ejemplo es el caso BABY GAMMY en 2014 en el que una pareja de australianos había acudido a Tailandia para tener un hijo mediante una madre de alquiler, que finalmente tuvo gemelos, pero uno de ellos con problemas cardíacos y Síndrome de Down y la pareja rechazó al discapacitado y se llevó al bebé sano.

<sup>162</sup> MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: “La maternidad y paternidad tradicional frente a los nuevos retos como la maternidad/paternidad subrogada, adopción, guarda y acogimiento de menores”, cit., p. 437.

#### 6º. *Intervención de la autoridad judicial (o administrativa)*

Se podría establecer como requisito imprescindible a la hora de firmar el convenio de gestación por sustitución que intervenga la autoridad judicial (o administrativa), como sucede en los casos de adopción o acogimiento. Además, la Administración podría crear Registros de madres gestantes para vigilar el número de veces que intervienen como tales y así evitar que superen el límite legalmente establecido y que pongan el riesgo su salud<sup>163</sup>.

#### 7º. *Derecho de los hijos a conocer su origen*

Los hijos nacidos a través de esta técnica deberían tener derecho a conocer su origen biológico, lo cual se avalaría mediante el acceso a los datos que figuren en el correspondiente registro de los contratos de gestación por sustitución, una vez aquellos sean mayores de edad<sup>164</sup>.

#### 8º. *La patria potestad*

Se podría establecer un mecanismo semejante al que se ha instaurado en el Reino Unido, en el que la filiación se atribuye a la madre gestante y solo es transferida a los comitentes si estos lo solicitan ante los tribunales dentro de los 6 meses siguientes al nacimiento del niño y una vez haya transcurrido el periodo de reflexión que se le otorga a la gestante. En este caso, un juez dicta una *orden parental* a través de la cual se transfiere la filiación a los comitentes, siempre que los mismos cumplan con los requisitos exigidos por la ley.

---

<sup>163</sup> COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA.: *Informe sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada*, 2017, p. 68.

<sup>164</sup> SALAZAR BENÍTEZ, O.: *La gestación para otros: un reflexión jurídico-constitucional sobre el conflicto entre deseos y derechos*, cit., p. 244.



## CONCLUSIONES

PRIMERA.- Los avances científicos que ha ido experimentando la sociedad respecto a las técnicas de reproducción asistida van por delante del Derecho, y esta situación provoca que se origine un vacío jurídico en cuanto a los problemas que actualmente se derivan de tales técnicas. Especialmente, la gestación por sustitución constituye un tema muy polémico que se ha ido intensificando en los últimos años, y que ha suscitado diversas posiciones. Sin embargo, en este tema no existe un consenso legislativo a nivel internacional, lo que ocasiona una serie de problemas en el ámbito jurídico, tanto para los padres comitentes como para las demás partes implicadas en el proceso, que precisan de una especial atención por parte de las legislaciones nacionales para revisar y valorar todos los elementos que confluyen en la técnica y adaptar el derecho a esta realidad social, ya que se trata de una cuestión delicada y sensible.

SEGUNDA.- En Europa, el hecho de que el TEDH admita que en el ámbito de la reproducción humana asistida, los Estados cuenten con un amplio margen de apreciación para regular el asunto, ha provocado que los distintos ordenamientos adopten diversas regulaciones respecto a la gestación por sustitución. No obstante, la prohibición generalizada que existe en la mayoría de países europeos ha provocado que muchas personas acudan a países donde la técnica está permitida, ya sea en Europa o América, para lograr ser padres a través de la misma, surgiendo así lo que ha dado en llamarse “turismo reproductivo”.

Esta modalidad de turismo provoca diversos dilemas jurídicos y sociales, no solo relacionados con los menores nacidos a través de esta práctica, que se ven inmersos en un limbo jurídico cuando en el Estado del que proceden los padres comitentes no les reconoce la filiación establecida en el extranjero, y además pueden ser objeto de abusos y abandono, sino también con la madre gestante, pues posiblemente en muchas ocasiones su consentimiento no es prestado libremente, lo cual deriva en situaciones de explotación.

TERCERA.- De momento, el TEDH solo se ha pronunciado en cuanto al reconocimiento de la filiación de los menores nacidos a través de esta técnica en el extranjero. Su principal argumento es el interés superior del menor, estableciendo que este debe prevalecer aunque la gestación por sustitución se encuentre radicalmente

prohibida en el Estado de los comitentes. Al margen de la existencia o no de un vínculo biológico con los menores, el TEDH pondera otros intereses, como por ejemplo el tiempo de convivencia con los padres comitentes, para determinar si ha existido vida familiar o no, en aras a reconocer el derecho a la filiación y así proteger la vida privada de los menores. La jurisprudencia del TEDH ha supuesto un cambio muy importante respecto a dicho reconocimiento registral de la filiación, puesto que los países europeos regulan este asunto de diferentes maneras, estableciendo unos países medios legales para su obtención, como ocurre en España (es posible vía reconocimiento de la filiación paterna y posterior adopción por el otro progenitor), mientras que otros no establecen ningún mecanismo para permitir tal filiación, como ocurre en Francia. Sin embargo, aún quedan muchas cuestiones sin resolver, como son los derechos fundamentales de la madre gestante.

CUARTA.- Tras haber analizado la régimen jurídico del contrato de gestación por sustitución en España, declarado nulo de pleno derecho por el art.10.1 de Ley 14/2006, resulta indudable que existe una contradicción jurídica.

- a) Por una parte, la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 hace viable la inscripción de los menores en el Registro Civil español, siempre que se presente una resolución judicial que reconozca la filiación a favor de los comitentes emitida por el país donde se lleva a cabo la gestación por sustitución, para proteger el interés superior del menor;
- b) Y por otra, a pesar de la actual prohibición de la práctica, junto a la ausencia de regulación en el TRET y la LGSS, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha optado por admitir el reconocimiento de la prestación por maternidad (actualmente prestación por nacimiento y cuidado de menor), al considerar que la gestación por sustitución es equiparable a los supuestos de adopción o acogimiento, estableciendo, además, la incompatibilidad de la misma con la el antiguo subsidio de paternidad en los casos de gestación subrogada monoparental.

QUINTA.- La actual regulación de esta figura en España presenta una serie de incoherencias y contradicciones que crean un clima de incertidumbre e inseguridad jurídica para todas las partes involucradas en el proceso, especialmente los derechos de la personalidad respecto de menores no maduros, lo que hace que estemos ante un

asunto de especial complejidad. Esta situación provoca la necesidad de una urgente regulación de la cuestión, ya que la misma se encuentra en un vacío legal a pesar de las Resoluciones dictadas por la DGRN y la doctrina unificada del Tribunal Supremo.

El legislador está llamado a dar una respuesta para afrontar esta realidad social en expansión con una orientación constructiva que garantice el libre desarrollo de la personalidad, protegiendo especialmente los intereses del menor y de la madre gestante.

SEXTA.- La actual regulación prohibitiva no ha impedido que muchos españoles que cuentan con suficientes recursos económicos acudan a la gestación por sustitución a terceros países donde la misma está permitida, eludiendo así la actual prohibición, y en perjuicio de aquellos que desean ser padres y cuentan con menos recursos económicos. Teniendo en cuenta los mecanismos que la DGRN ha establecido para admitir la inscripción en el Registro Civil español de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución en el extranjero, tal situación provoca que exista una vulneración del principio de igualdad de los españoles que consagra el art.14 de la Constitución, además de favorecer el fraude de ley.

SÉPTIMA.- A juicio de quien escribe, todos los problemas que han surgido como consecuencia de la gestación por sustitución en España podrían encontrar solución si se accede a legalizar tal figura con ciertas limitaciones, a través de una regulación que cubra todas las variables y se ponderen todos los derechos que pueden verse afectados. Ello implicaría modificar la Ley 14/2006, lo cual conllevaría además la reforma de las leyes sociales que regulan los derechos y prestaciones de Seguridad Social que se generan ante la situación de necesidad surgida por el nacimiento de un menor, incluyendo la gestación por sustitución como un supuesto más para generar tales prestaciones, con lo cual se otorgaría mayor seguridad jurídica a los menores.

## BIBLIOGRAFÍA

ALZAGA RUÍZ, I.: “Maternidad Subrogada y Prestaciones de Seguridad Social”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 134, 2018.

ARAGÓN GÓMEZ, C.: “La legalización de facto de la maternidad subrogada. A propósito de los recientes pronunciamientos de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo con respecto a las prestaciones por maternidad”, *Revista de Información Laboral*, núm. 4, 2017 (versión electrónica: BIB 2017/11072).

ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: “Maternidad subrogada y prestaciones de maternidad y paternidad”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 8, 2016.

AZNAR DOMINGO, A. y DELGADO SÁNCHEZ, A.: “Regulación y análisis de la gestación por sustitución en España”, *Diario La Ley*, núm. 9099, 2017.

BALLESTER PASTOR, M<sup>a</sup>. A.: *La prestación por maternidad*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2013.

CAVAS MARTÍNEZ, F.: “El derecho a la prestación por maternidad del padre que contrata en solitario un vientre de alquiler. Comentario a la Sentencia del Pleno de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, núm. 881/2016, de 25 de octubre (Recud. 3818/2015)”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 10, 2017.

COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA.: *Informe sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada*, 2017.

CORRAL GARCÍA, E.: “Algunas contradicciones recientes en el derecho de familia: nulidad de la gestación por sustitución y pensiones de viudedad en parejas de hecho”, *Diario la Ley*, núm. 9428, 2019.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010)”, *Diario la Ley*, núm. 7501, 2010.

ESTRADA MORA, E.: “Maternidad Subrogada: Desarrollo Conceptual y Normativo”, *Departamento de Investigación y Documentación Parlamentaria*, núm. 26, 2018.

FARNÓS AMORÓS, E.: “European Society of Human Reproduction and Embryology 26th Annual Meeting”, *Revista para el análisis del derecho*, núm. 3, 2010.

FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, A. S.: “Eficacia jurídico-registral del contrato de gestación subrogada”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, 2011 (versión electrónica: BIB 2011/1357).

FLORES RODRÍGUEZ, J.: “Atrapados en un vientre de alquiler en Ucrania: ¿Bioética o biopoder?”, *Diario la Ley*, núm. 9388, 2019.

GALA DURÁN, C.: “Las novedades en el ámbito del permiso por paternidad y la prestación de maternidad subrogada”, *La Administración Práctica*, núm. 4, 2017 (Versión electrónica: BIB 2017\1167).

GÁLVEZ CRIADO, A.: “¿Sigue siendo nulo en España el contrato de gestación subrogada? Una duda razonable”, *Diario la Ley*, núm. 9444, 2019.

HERNÁNDEZ ÁVILA, C.J.: “La maternidad subrogada en el derecho comparado”, *Cadernos de Dereito Actual*, núm. 6, 2017.

INSTITUTO VASCO DE LA MUJER.: “Informe: ¿Gestación subrogada o vientres de alquiler?” *EMAKUNDE*, 2017, Disponible en: <http://emakunde.blog.euskadi.eus/wp-content/uploads/2018/07/INFORMECOMPLETO21042018.pdf>.

JOUVE DE LA BARREDA, N.: “Perspectivas biomédicas de la maternidad subrogada”, *Cuadernos de bioética*, núm. 97, 2017.

LAMM, E.: “Gestación por sustitución”, *Revista para el Análisis del derecho*, núm. 3, 2012.

LAMM, E.: *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada, ni vientres de alquiler*, Barcelona (Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona), 2013.

LAMM, E.: “Una vez más sobre gestación por sustitución, porque sin marco legal se siguen sumando violaciones a derechos humanos”, *Ars Iuris Salmanticensis*, vol.4, 2016.

LÁZARO PALAU, C.M.: “El concepto de persona como elemento clave de la identidad europea: el caso de la maternidad subrogada”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, Núm. 2, 2019.

LAZCOZ MORATINOS, G.: “Acerca de la constitucionalidad, o no, de la maternidad subrogada: Sentencia 225/2018 del Tribunal Constitucional portugués”, *Revista Internacional de Éticas Aplicadas*, núm. 28, 2018.

LEONSEGUI GUILLOT, R.A.: “La maternidad portadora, sustituta, subrogada o de encargo”, *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, núm. 7, 1994.

MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: “La maternidad y paternidad tradicional frente a los nuevos retos como la maternidad/paternidad subrogada, adopción, guarda y acogimiento de menores”, en AA.VV. (RODRÍGUEZ INIESTA, G., ORTIZ CASTILLO, F. y ORTEGA LOZANO, P., Coords): *Protección a la familia y Seguridad Social. Hacia un nuevo modelo de protección Sociolaboral*, Madrid (Laborum), 2018.

ORTEGA GIMÉNEZ, A., COBAS COBIELLA, M. E. y HEREDIA SÁNCHEZ, L.S.: “A propósito del debate surgido por la paralización de las inscripciones de nacimiento por el Consulado español en Kiev”, *Diario la Ley*, núm. 9281, 2018.

REGALADO TORRES, M.D.: “Efectos, consecuencias y regulación de la maternidad subrogada” *Femeris*, núm. 2, 2016.

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. y MARTÍNEZ BARROSO, M. R.: “El Tribunal Supremo ante la gestación por sustitución: reconocimiento de prestaciones por maternidad derivadas de un negocio jurídico nulo y la necesaria tutela del interés del menor”, *Revista Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 2, 2017.

SALAZAR BENÍTEZ, O.: *La gestación para otros: un reflexión jurídico-constitucional sobre el conflicto entre deseos y derechos*, Madrid (Dykinson), 2018.

SIRVENT HERNÁNDEZ, N.: “Gestación por sustitución y derecho a prestaciones de Seguridad Social. Razones para una regulación urgente”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 205, 2018.

VELA SÁNCHEZ, A.J.: “Propuesta de regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España”, *Diario la Ley*, núm. 7621, 2011.

VELA SÁNCHEZ, A.J.: “A propósito de la Ley Portuguesa nº 25/2016, de 22 de agosto”, *Diario la Ley*, núm. 9250, 2016.

VELA SÁNCHEZ, A.J.: “A propósito de la Sentencia de la Gran Sala del TEDH de 24 de enero de 2017”, *Diario la Ley*, núm.8953, 2017.

VELA SÁNCHEZ, A.J.: “A propósito del Reglamento Portugués nº 6/2017, de 31 de julio”, *Diario la Ley*, núm. 9091, 2017.

VELA SÁNCHEZ, A.J.: “Y el sueño se convirtió en pesadilla: el Tribunal Constitucional portugués declara la inconstitucionalidad de la legislación sobre gestación por sustitución (y II)”, *Diario la Ley*, núm. 9250, 2018.

VELA SÁNCHEZ, A.J.: “A propósito de la pesadilla de Kiev y de la malograda Instrucción de la DGRN de 14 de febrero de 2019”, *Diario la Ley*, núm. 9396, 2019.

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

## **ANEXO JURISPRUDENCIAL**

STEDH de 26 de junio 2014, asunto núm. 65192/11, caso *Menesson contra Francia*.

STEDH de 26 de junio de 2014, asunto núm. 65941/11, caso *Lebasse contra Francia*.

STEDH de 27 de enero de 2015, asunto núm. 25358/12, caso *Paradiso y Campanelli contra Italia*.

STS, Civil, 6 febrero 2014 (RJ 2014/833).

STS, Social, 25 octubre 2016 (RJ 2016\6167).

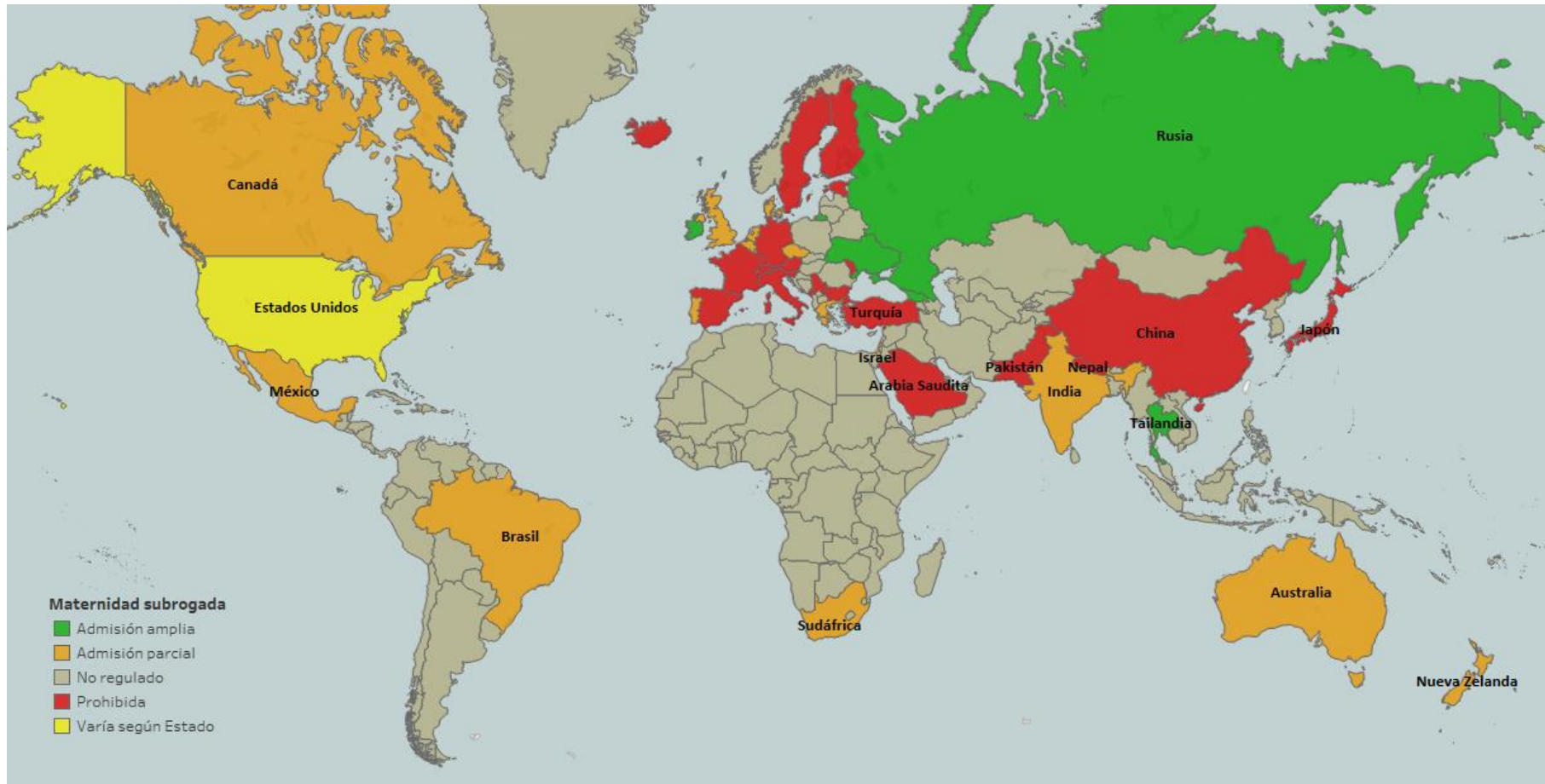
STSJ, Social, Madrid 23 diciembre 2014 (AS 2015/406).

STSJ, Social, Madrid 12 febrero 2016 (AS 2016/737).

STSJ, Social, Cataluña 25 enero 2019 (JUR 2019/95032).

## ANEXOS

### ANEXO 1: Mapa situación de la gestación por sustitución en el mundo 2019



Elaboración propia

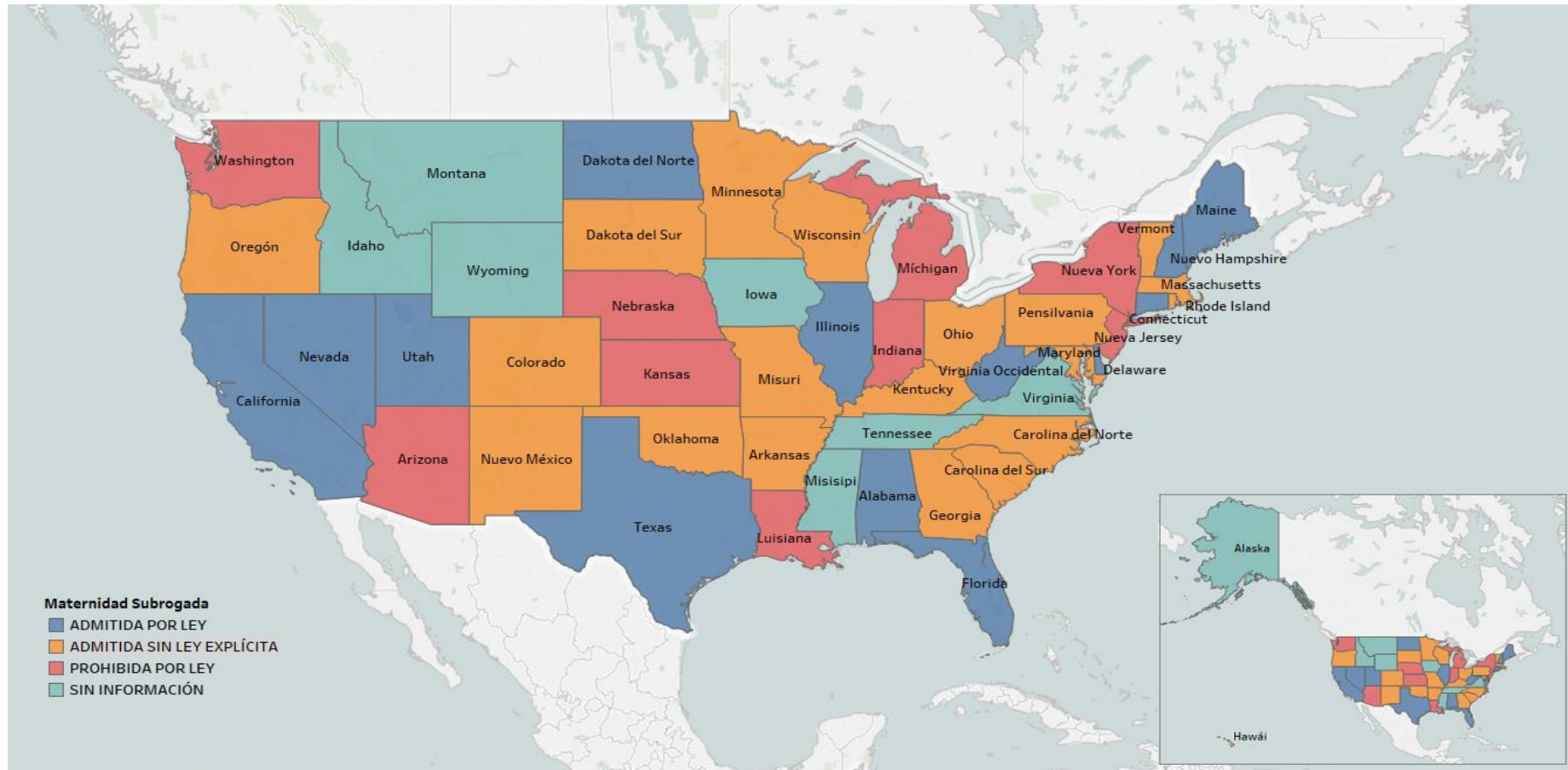
## ANEXO 2: Mapa situación de la gestación por sustitución en Europa 2019



Elaboración propia.

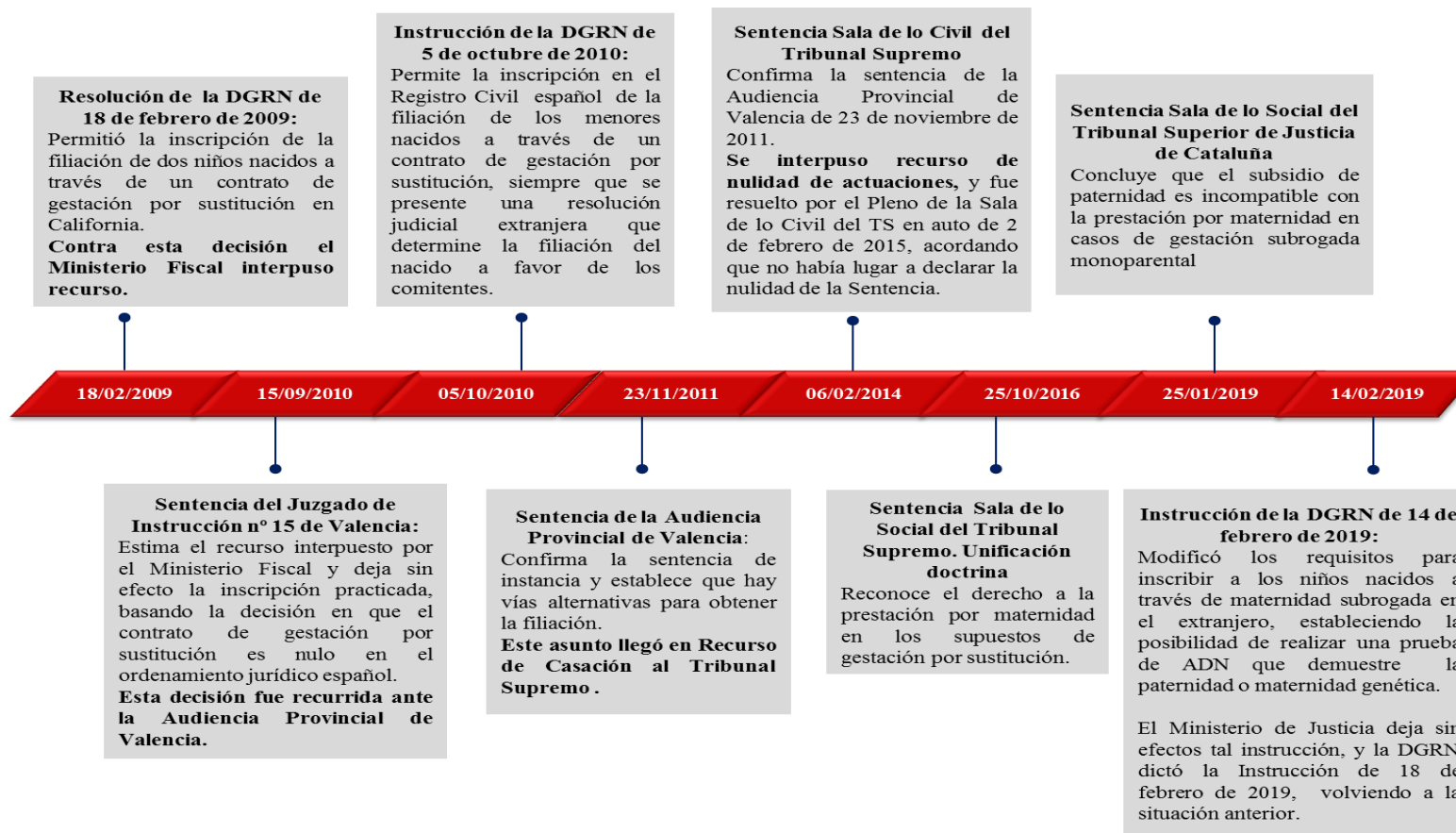


### ANEXO 3: Mapa situación de la gestación por sustitución en EE.UU. 2019



Elaboración propia.

## ANEXO 4: Resumen cronológico, régimen jurídico y jurisprudencia de la gestación por sustitución en España



Elaboración propia

## **ANEXO 5: Otras regulaciones en el Derecho Comparado**

### **Alemania**

La Ley alemana de Protección del Embrión 745/90, de 13 de diciembre de 1990, en su art.1, nombrado “*Utilización abusiva de las técnicas de reproducción*”, establece la prohibición y el castigo de la gestación por sustitución en los siguientes términos:

1. “Será sancionado con una pena privativa de la libertad de hasta tres años o de una multa quien:
  - Procediera a transferir a una mujer el óvulo de otra;
  - Fecundara artificialmente un óvulo con fines distintos que los de iniciar un embarazo en la mujer de quien proviene el óvulo;
  - Extrajera de una mujer un embrión antes de su implantación en el útero con vistas a transferirlo a otra mujer o utilizarlo con un fin distinto al de su protección;
  - Fecundara artificialmente o transfiriera un embrión a una mujer dispuesta a entregar el niño a terceros tras su nacimiento;
  - Introdujera artificialmente un espermatozoide humano en un óvulo humano, con un fin distinto que el iniciar un embarazo en la mujer de donde proviene el óvulo”.

Sin embargo, el apartado 3 del art.1 dispone que no serán sancionadas ni la madre gestante, ni la comitente. Por otra parte, la ley de adopción establece la prohibición expresa de la gestación por sustitución y la castiga con un año de prisión o multa<sup>165</sup>.

### **Suiza**

La gestación por sustitución se encuentra legalmente prohibida en todas sus modalidades y está regulada en el art.119.2.d de su Constitución Federal, que establece que: “La donación de embriones y todas las formas de gestación por sustitución están prohibidas”. Además, la Ley Federal sobre procreación medicamente asistida de 1998 (reformada en el año 2006) establece un castigo de prisión o multa, tanto a quienes acudan a esta técnica, como a los intermediarios<sup>166</sup>.

---

<sup>165</sup> LAMM, E.: *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada, ni vientres de alquiler*, cit., p. 125.

<sup>166</sup> HERNÁNDEZ ÁVILA, C.J.: “La maternidad subrogada en el derecho comparado”, cit., p. 329.

## Grecia

Desde el año 2002 se acepta en Grecia la gestación por sustitución, pero su legislación establece una serie de requisitos a los que se encuentran sujetos este tipo de contratos. Su regulación se recoge en las Leyes 3089/2002 y 3305/2005. En el art. 1458 de la Ley 3089/2002, que modifica el Código Civil griego, se indica la necesidad de autorización judicial para poder llevar a cabo la maternidad subrogada de forma previa a la transferencia del embrión, siempre y cuando la misma se realice de forma altruista<sup>167</sup>.

Las condiciones para que la gestación subrogada sea autorizada judicialmente son las siguientes: la madre intencional debe demostrar su incapacidad para llevar a cabo un embarazo; por otro lado, la gestante debe probar que está sana, sin que pueda aportar sus óvulos, y si está casada, es necesario el consentimiento de su cónyuge por escrito<sup>168</sup>. Solo está permitida para parejas heterosexuales y madres solteras que no excedan de 50 años<sup>169</sup>. La gestación está autorizada tanto para ciudadanos griegos como para extranjeros<sup>170</sup>.

Desde el momento en que se obtiene la autorización y una vez producida la implantación del óvulo en la gestante, tanto esta como la madre intencional pierden el derecho a un cambio de opinión, debiendo cumplir con las obligaciones contraídas en el acuerdo<sup>171</sup>.

A partir del momento en que nace el niño, los comitentes se convierten en padres legales del mismo. Sin embargo, se permite a la gestante o a la comitente, dentro de los 6 primeros meses desde que se produzca el nacimiento, impugnar la maternidad legal, de poder probarse que se trata de maternidad subrogada tradicional. En tal caso, la maternidad legal le será atribuida a la gestante con carácter retroactivo al momento del nacimiento del niño<sup>172</sup>.

---

<sup>167</sup> AZNAR DOMINGO, A y DELGADO SÁNCHEZ, A.: “Regulación y análisis de la gestación por sustitución en España”, cit., p. 8.

<sup>168</sup> HERNÁNDEZ ÁVILA, C.J.: “La maternidad subrogada en el derecho comparado”, cit., p. 331.

<sup>169</sup> INSTITUTO VASCO DE LA MUJER.: “Informe: ¿Gestación subrogada o vientres de alquiler?”, cit., p. 33.

<sup>170</sup> Permitido para extranjeros desde el año 2014, año en el que se amplió la Ley de 2002.

<sup>171</sup> HERNÁNDEZ ÁVILA, C.J.: “La maternidad subrogada en el derecho comparado”, cit., p. 331.

<sup>172</sup> LAMM, E.: *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada, ni vientres de alquiler*, cit., p. 153.

## Brasil

Brasil no cuenta con una ley específica que prohíba la gestación por sustitución. Sin embargo, el Consejo Federal de Medicina<sup>173</sup> ha emitido una serie de resoluciones en las que establece un conjunto de requisitos para poder acceder a esta técnica de reproducción asistida<sup>174</sup>.

La última Resolución vigente de dicho organismo es la nº 2168/2017<sup>175</sup>, la cual habilita a las clínicas de reproducción humana para que puedan llevar a cabo la gestación por sustitución, siempre que haya problemas médicos para que la comitente pueda quedar embarazada, haciéndose extensivo a las parejas homosexuales<sup>176</sup>.

La gestante debe tener una relación de parentesco, dentro del cuarto grado, con alguno de los comitentes y no pueden ser mayores de 50 años ni la comitente, ni la gestante. Está prohibido el carácter lucrativo o comercial de la práctica. Además, se exige a las clínicas de reproducción asistida la aportación de un conjunto de documentos, entre los que cabe citar: el consentimiento de las partes, un informe psicológico de la gestante, contrato entre los comitentes y la gestante estableciendo claramente la cuestión de filiación del niño, el compromiso de los comitentes de inscripción del nacido en el Registro Civil, etc. Asimismo, en el caso de que la madre gestante esté casada o en unión estable, será necesaria la autorización escrita del cónyuge o compañero. Al tratarse de una resolución no tiene fuerza de ley, por lo que el incumplimiento de alguno de sus requisitos solo conllevaría la imposición de sanciones administrativas<sup>177</sup>.

---

<sup>173</sup> El CFM es un órgano que tiene como objeto la fiscalización y establecimiento de normas respecto a la práctica médica. Asimismo, actúa en la defensa de la salud de la población y de los intereses de la clase médica, empeñándose en defender la buena práctica médica y un ejercicio profesional ético. Sus decisiones deben ir en concordancia con los estatutos federales, la Constitución Federal de Brasil y los principios jurídicos

<sup>174</sup> Disponible en: <https://www.babygest.es/brasil/> (Consultado: 04/03/2019).

<sup>175</sup> Revoca la Resolución nº 2121/2015.

<sup>176</sup> Requisitos establecidos en el Título VII, Sobre a gestação de substituição (cessão temporária do útero). Disponible en: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168> (Consultado: 04/03/2019).

<sup>177</sup> HERNÁNDEZ ÁVILA, C.J.: “La maternidad subrogada en el derecho comparado”, cit., p. 332.

## La actual situación en Portugal

### a) *La Ley 25/2016 de 22 de agosto*

En mayo de 2016, el Parlamento portugués aprobó una ley que autorizaba los vientres de alquiler, aunque únicamente a las madres que no tuvieran útero y siempre que se llevara a cabo de forma altruista. Esta medida suscitó un gran revuelo político y social, pues el Presidente del país, Marcelo Rebelo de Sousa, vetó la ley en junio de ese mismo año, al considerar que las disposiciones eran contrarias a las recomendaciones del Consejo de Ética para las Ciencias de la Vida (en adelante, CNECV). Según esta institución, la ley no amparaba adecuadamente los derechos del niño ni los de la mujer gestante<sup>178</sup>.

Sin embargo, en julio de 2016, una escasa mayoría parlamentaria aprobó una nueva ley que regula el acceso a la gestación por sustitución, la Ley 25/2016 (en adelante, LGS), en vigor desde el 1 de agosto de 2016 y desarrollada por el Decreto 6/2017, que permite la aplicación de la misma<sup>179</sup>. Esta ley modificó la Ley 32/2006, de 26 de julio, de procreación medicamente asistida (en adelante, LPMA), la cual en su art. 8.1<sup>180</sup> establecía la prohibición expresa de la institución<sup>181</sup>.

Uno de los puntos que más llamaron la atención de la nueva regulación portuguesa fue la imposibilidad de que los hombres solteros o con pareja del mismo sexo pudieran acceder a esta técnica, pues el nuevo art. 6.1 de la LPMA establece que solo pueden ser beneficiarias “las parejas de sexo diferente o las parejas de mujeres, respectivamente casados o casadas o que vivan en condiciones análogas a las de los cónyuges, así como todas las mujeres independientemente del estado civil y de la respectiva orientación sexual”, lo cual provoca una evidente discriminación jurídica<sup>182</sup>.

---

<sup>178</sup> SALAZAR BENÍTEZ, O.: *La gestación para otros: un reflexión jurídico-constitucional sobre el conflicto entre deseos y derechos*, cit., p. 112.

<sup>179</sup> Disponible en: <https://www.babygest.es/gestacion-subrogada-portugal/> (Consultado: 14/04/2019).

<sup>180</sup> “Son nulos los negocios jurídicos, gratuitos u onerosos, de maternidad de sustitución”. Disponible en: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/539239/details/normal?l=1> (Consultado: 14/04/2019).

<sup>181</sup> VELA SÁNCHEZ, A.J.: “A propósito de la Ley Portuguesa nº 25/2016, de 22 de agosto”, *Diario la Ley*, núm. 9250, 2016, p. 2.

<sup>182</sup> SALAZAR BENÍTEZ, O.: *La gestación para otros: un reflexión jurídico-constitucional sobre el conflicto entre deseos y derechos*, cit., p. 112.

En cuanto a la edad mínima para acceder a este proceso, la ley portuguesa establece otra limitación, ya que sólo es necesario tener 18 años y plena capacidad de obrar para poder ser beneficiario del proceso o madre gestante (*ex art. 6.2º LPMA*). Sin embargo, tal limitación difiere en cuanto a la edad permitida para ser adoptante, que según establece el art. 1979 del Código Civil portugués, es de 25 o 30 años<sup>183</sup>.

La gestación por sustitución solo está permitida en “casos de ausencia de útero, de lesión o enfermedad de este órgano que impida de forma absoluta y definitiva el embarazo de la mujer beneficiaria” o “en situaciones clínicas que lo justifiquen” (art. 1 y 8.2 LGS). Por su parte, el art.12.a, último inciso de la LPMA, respecto de los derechos de los beneficiarios de las técnicas de reproducción asistida, indica también el derecho a “no someterse a técnicas que no ofrezcan razonables probabilidades de éxito o cuya utilización conlleva riesgos significativos para la salud de la madre o del hijo”, por lo que solo se puede acudir a este proceso cuando no sea posible llevar a cabo un embarazo o cuando el mismo entrañe peligro para la madre o el hijo<sup>184</sup>.

Además de los requisitos anteriores, la nueva norma lusa reguló otros aspectos que rigen su consentimiento. Así, el contrato de gestación, que tiene carácter subsidiario y excepcional, deberá formalizarse por escrito y con anterioridad al embarazo de la mujer gestante y habrá de ser previamente autorizado por el Consejo Nacional de Procreación Médicamente Asistida (en adelante, CNPMA)<sup>185</sup>. Solo puede llevarse a cabo mediante inseminación artificial, está prohibido que la gestante done sus óvulos y es necesario que, al menos, uno de los comitentes aporte sus gametos. El contrato se debe realizar de manera altruista y la gestante solo recibirá la compensación de los gastos que deriven de la asistencia médica y el transporte. El consentimiento de las partes del proceso debe ser libre, claro y por escrito, no pudiendo revocarse una vez iniciado el proceso, por lo que se considera que el nacido es hijo de los comitentes<sup>186</sup>.

---

<sup>183</sup> VELA SÁNCHEZ, A.J.: “A propósito de la Ley Portuguesa nº 25/2016, de 22 de agosto”, cit., p. 4.

<sup>184</sup> VELA SÁNCHEZ, A.J.: “A propósito del Reglamento Portugués nº 6/2017, de 31 de julio”, *Diario la Ley*, núm. 9091, 2017, p. 3.

<sup>185</sup> Transcurrido un mes desde la entrada en vigor de la Ley, en agosto de 2017, 44 parejas habían solicitado la autorización al CNPMA, 13 de ellas extranjeras. Hasta abril de 2018 sólo se habían autorizado dos solicitudes. SALAZAR BENÍTEZ, O.: *La gestación para otros: un reflexión jurídico-constitucional sobre el conflicto entre deseos y derechos*, cit., p. 114.

<sup>186</sup> VELA SÁNCHEZ, A.J.: “A propósito de la Ley Portuguesa nº 25/2016, de 22 de agosto”, cit., p. 1.

## **b) Pronunciamento del Tribunal Constitucional portugués**

El Tribunal Constitucional portugués (en adelante, TCP) dictó una sentencia el 24 de abril de 2018<sup>187</sup>, en la cual se anulan varios puntos de la Ley 25/2016 porque contradicen principios y derechos constitucionales.

- 1º. La imposibilidad de que la gestante pueda revocar su consentimiento una vez iniciado el proceso de reproducción asistida, como lo recogía el art. 14.4 LPMA (“el consentimiento de los beneficiarios es libremente revocable por cualquiera de ellos hasta el inicio de los procesos terapéuticos de PMA”). Se justifica en que durante el proceso de gestación pueden surgir vicisitudes que hagan que el contenido del consentimiento inicial no sea suficiente, provocando que el cumplimiento del contrato no sea voluntario por parte de la gestante, con sometimiento del mismo a la decisión de los comitentes. Entiende este Tribunal que si se permite a la gestante la posibilidad de arrepentirse hasta el momento de entrega del niño a los comitentes, se garantizaría su derecho al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad humana<sup>188</sup>.
- 2º. Los efectos perjudiciales de la nulidad del contrato de gestación por sustitución respecto de la filiación del niño. El TCP considera que la regulación establecida respecto a la nulidad del contrato de gestación por sustitución en el art. 8.12 LPMA (“son nulos los negocios jurídicos, gratuitos u onerosos, de gestación por sustitución que no respeten lo dispuesto en los párrafos anteriores”) puede comprometer gravemente el interés superior del menor, al no establecer un límite temporal, pues en cualquier momento, incluso después de haber nacido el niño o ya criado, se puede declarar la nulidad del contrato por la simple inobservancia de cualquier presupuesto legal. En consecuencia, esta solución no es compatible con el principio de seguridad jurídica que consagra el art. 2 de la Constitución de la República de Portugal (en adelante, CRP)<sup>189</sup>.

---

<sup>187</sup> STC 225/2018, de 24 de abril.

<sup>188</sup> SALAZAR BENÍTEZ, O.: *La gestación para otros: un reflexión jurídico-constitucional sobre el conflicto entre deseos y derechos*, cit., p. 115-121.

<sup>189</sup> LAZCOZ MORATINOS, G.: “Acerca de la constitucionalidad, o no, de la maternidad subrogada: Sentencia 225/2018 del Tribunal Constitucional portugués”, *Revista Internacional de Éticas Aplicadas*, núm. 28, 2018, p. 148.



3°. A partir de dicho pronunciamiento, uno de los requisitos fundamentales para que el contrato de gestación por sustitución sea admitido es que debe ser objeto de autorización previa por el CNPMA (art.8.4 LPMA), órgano que también se encarga de la supervisión del contenido de dicho contrato. El legislador portugués se limitó a establecer disposiciones que debían observarse sobre materias concretas, como malformaciones o enfermedades fetales en caso de una eventual interrupción voluntaria del embarazo (art.8.10 LPMA) y a prohibir disposiciones que impusieran restricciones de comportamiento a la gestante por sustitución o normas que atentaran contra sus derechos, libertad y dignidad (art.8.11 LPMA)<sup>190</sup>, por lo cual ha sido necesario el desarrollo reglamentario llevado a cabo por el Decreto 6/2017 y cuya legitimidad ha sido cuestionada constitucionalmente. El TCP entiende que la Ley no establece la definición de los límites de autonomía de la voluntad de las partes y tampoco ofrece criterios suficientes y controlables para que el CNPMA pueda llevar a cabo sus funciones de supervisión y autorización previa de los contratos de gestación por sustitución, en especial, respecto de la mujer gestante<sup>191</sup>.

Además, el TCP señala algunas materias esenciales que se encuentran reguladas en el Decreto 6/2017, que no figuran en la LPMA, como el número de intentos para conseguir un embarazo, formas de resolución de conflictos, seguros de salud asociados al contrato, etc., que transgrede claramente el principio de reserva de ley<sup>192</sup>.

4°. Por último, se ha declarado inconstitucional la imposibilidad de que la persona nacida tuviera derecho a conocer su origen biológico. Las exigencias de confidencialidad establecidas en el art. 15 LPMA no permitía que quien hubiera nacido a través de la técnica de gestación por sustitución conociera sus antecedentes genéticos y/o la identidad de la madre gestante. El TCP considera que tales limitaciones son contrarias al principio de dignidad humana, en tanto se vulnera el derecho a la identidad personal reconocido en el art. 26.1 CRP y, por tanto, sugiere

---

<sup>190</sup> LAZCOZ MORATINOS, G.: “Acerca de la constitucionalidad, o no, de la maternidad subrogada: Sentencia 225/2018 del Tribunal Constitucional portugués”, cit., p. 148.

<sup>191</sup> VELA SÁNCHEZ, A.J.: “Y el sueño se convirtió en pesadilla: el Tribunal Constitucional portugués declara la inconstitucionalidad de la legislación sobre gestación por sustitución (y II)”, *Diario la Ley*, núm. 9250, 2018, p. 11.

<sup>192</sup> LAZCOZ MORATINOS, G.: “Acerca de la constitucionalidad, o no, de la maternidad subrogada: Sentencia 225/2018 del Tribunal Constitucional portugués”, cit., pp. 148-149.

que se mantenga el anonimato de los donantes y de la madre gestante únicamente cuando haya razones justificadas para ello, estimadas de forma casuística<sup>193</sup>.

---

<sup>193</sup> SALAZAR BENÍTEZ, O.: *La gestación para otros: un reflexión jurídico-constitucional sobre el conflicto entre deseos y derechos*, cit., p. 123.