



Grado Universitario en Relaciones Laborales y Recursos  
Humanos

Facultad de Ciencias del Trabajo

Universidad de León

Curso 13/14

**LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN Y EL  
PERMISO DE MATERNIDAD**

**GESTATION BY SUBSTITUTION AND  
MATERNITY LEAVE**

Realizado por la alumna Dña. Verónica García López

Tutorizado por la Profesora Dra. Dña. Aurelia Álvarez Rodríguez

## TRABAJO DE FIN DE GRADO



## LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN Y EL PERMISO DE MATERNIDAD

Verónica García López

León, Septiembre 2014

## ÍNDICE

1. RESUMEN Y ABSTRACT .....	1
2. OBJETO DEL TRABAJO.....	3
3. METODOLOGÍA.....	5
4. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN Y EL PERMISO DE MATERNIDAD .....	7
4.1 INTRODUCCIÓN .....	7
4.2 LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN .....	9
4.2.1 Concepto y naturaleza .....	9
4.2.2 Causas.....	10
4.2.3 Modalidades .....	10
4.2.4 Problemas que plantea la gestación por sustitución y su equivalencia a la maternidad adoptiva .....	11
4.3 LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN ESPAÑA.....	14
4.3.1 Regulación en el ordenamiento jurídico español .....	14
4.3.1.1 Constitución Española de 1978 .....	14
4.3.1.2 Ley 14/2006, de 26 de mayo de 2006, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida .....	15
4.3.1.3 Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre de 1995, del Código Penal	18
4.3.2 La determinación de la filiación del menor e interpretación y jurisprudencia	19
4.3.2.1 Aspectos generales .....	19
4.3.2.2 Análisis jurisprudencial de la STS (Sala de lo Civil), nº 835/2013, de 6 de febrero de 2014 .....	19
4.3.3 La “adopción exprés” como vía española a la gestación por sustitución.....	25

4.4 LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN EL MARCO DE LA UNIÓN EUROPEA Y A NIVEL MUNDIAL .....	26
4.4.1 Regulación de la gestación por sustitución en Europa .....	27
4.4.1.1 Análisis jurisprudencial de la STEDH, de 26 de junio de 2014, caso Mennesson, recurso núm. 65192/11 y caso Labassee, recurso núm. 65941/11 ..	28
4.4.2 Regulación a nivel mundial de la gestación por sustitución. El caso de India y Estados Unidos .....	29
4.4.2.1 India .....	30
4.4.2.2 Estados Unidos: El caso de California .....	31
4.5 LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN Y LOS PERMISOS DE MATERNIDAD.....	32
4.5.1 Propuesta de prestación social por maternidad: análisis de la normativa española vigente y algunas decisiones judiciales .....	32
4.5.1.1 Análisis de la normativa española .....	32
4.5.1.2 Análisis jurisprudencial de la SJS núm.2 de Oviedo, de 9 de abril de 2012 y la STSJ de Asturias (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 20 de septiembre de 2012 .....	33
4.5.2 Propuesta de prestación social por maternidad: análisis de la normativa de la Unión Europea vigente y algunas decisiones judiciales.....	37
4.5.2.1 Análisis de la normativa europea .....	37
4.5.2.2. Análisis jurisprudencial de la STJUE (Gran Sala), de 18 de marzo de 2014, Asunto C-363/12 y la STJUE (Gran Sala), de 18 de marzo de 2014, Asunto C- 167/12 .....	40
5. CONCLUSIONES.....	43
6. ABREVIATURAS .....	46
7. BIBLIOGRAFÍA.....	47

## **1. RESUMEN Y ABSTRACT**

### **RESUMEN**

La “*gestación por sustitución*” es un contrato llevado a cabo por una mujer gestante y unos padres futuros en el cual se acuerda la transmisión del niño tras el embarazo. En nuestro ordenamiento jurídico español se encuentra prohibida dicha práctica, concretamente, se encuentra regulada en la Ley 14/2006, de 26 de mayo de 2006, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

Fuera de nuestro Estado existen otros ordenamientos jurídicos extranjeros que prevén esta posibilidad de ser padres a través de una práctica también denominada vientre de alquiler. En España esta prohibición prevé un problema de difícil solución: El reconocimiento de una situación llevada a cabo en el extranjero y el darle legalidad en nuestro país, no siendo ésta misma permitida.

Se intentará realizar la correspondiente inscripción del menor en el Registro Civil a favor de los padres comitentes a pesar de su expresa prohibición en España y de su reconocimiento en el extranjero.

Pero en lo que se centra realmente esta investigación es en la intención de determinar si la gestación por sustitución, cuya filiación queda perfectamente acreditada mediante certificación registral extranjera, habilita en España para el nacimiento de la prestación por maternidad o si ésta es únicamente concedida en los casos de parto, acogimiento y adopción.

### **ABSTRACT**

The “*gestation by substitution*” is a contract between a pregnant woman and future parents where it is agreed to give the child to the future parents when the child is born. In our Spanish law this practice is forbidden, specifically, it is regulated by law 14/2006 of 26thMay 2006 on Assisted Human Reproduction Techniques.

Outside of our state there are other foreign legal systems that provide the possibility of being parents through a process called surrogate motherhood. In Spain this prohibition

creates a difficult problem to solve: The recognition of a situation held abroad and to legalize it in our own country, when this process isn't allowed.

It will be tried, the corresponding registration of the child in the Civil Registry Office in favour of the current parents, despite its clear forbiddance in Spain and its recognition abroad.

But what this investigation is really focused on is the intention to establish if pregnancy by substitution, whose filiations are perfectly recognized by a foreign registration certificate, enables in Spain for the birth the maternity benefit or if it is only granted in cases of birth, foster care and adoption.

**Palabras claves:** Maternidad subrogada, técnicas de reproducción asistida, filiación, permiso de maternidad retribuido, derechos fundamentales.

**Keywords:** Surrogate motherhood, assisted reproduction techniques, filiations, paid maternity leave, fundamental rights.

## **2. OBJETO DEL TRABAJO**

En el presente trabajo se realiza una investigación sobre la gestación por sustitución y la posible asimilación de la maternidad por subrogación a la maternidad adoptiva para la percepción de la prestación social retribuida por el permiso de maternidad. El objetivo principal de dicho estudio es conocer el estado actual del tema.

Para ello, en primer lugar, se estudia en profundidad el concepto de “maternidad subrogada”, sus causas, modalidades y una posible asimilación a la maternidad adoptiva para la concesión del permiso de maternidad. Esta primera parte ayudara a comprender con claridad a que se refiere la “gestación por sustitución” y el problema principal que se plantea en dicha investigación: ¿Cómo se puede incluir la maternidad subrogada entre los supuestos ya existentes para la concesión del permiso de maternidad/paternidad?

En segundo lugar, se hará un análisis de la situación en España y la legislación básica correspondiente a dicha materia tomando como referencia la Constitución Española, la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida y el Código Penal. Por ello estudiaremos el estado actual de dicha materia en nuestro país y las distintas interpretaciones de la Ley con el apoyo de jurisprudencia nacional, concretamente una sentencia muy polémica sobre la filiación de dos menores de padres españoles nacidos mediante un contrato de gestación por sustitución en California (*STS de 6 de febrero de 2014*). Para finalizar este apartado, presentaremos de forma breve la alternativa elegida por nuestra población española para tener un hijo a través de la gestación por sustitución: la denominada “adopción exprés”.

En tercer lugar, se presentará el estado actual sobre esta materia en la Unión Europea y en otros países concretos. Se presentan tres posibilidades respecto a su tratamiento legal: su prohibición (España, Francia o China), su legalización con ciertos requisitos (Grecia, Reino Unido o Canadá) y su legalización total (Parte de EE.UU, India o Rumanía). Esta materia ofrece una gran variedad de posibilidades en función del país y su regulación. En algunos lugares se encuentra totalmente prohibida y en otros, como por ejemplo el caso de Estados Unidos, se trata de un hecho socialmente aceptado con total normalidad e incluso con la concesión de derechos laborales para las trabajadoras gestantes.

Por último y en cuarto lugar, la investigación se centra en el conflicto existente por el reconocimiento de prestaciones sociales a los padres comitentes en el sistema español de Seguridad Social. Para ello veremos tanto legislación y jurisprudencia nacional como internacional.

Se presentan dos sentencias muy interesantes dictadas en nuestro país sobre este asunto por el nacimiento de hijos mediante la gestación por sustitución a pesar de su prohibición en España. Las distintas Directivas providentes de la Unión Europea intentan dar regulación a esta materia para los distintos Estados Miembros, siempre como objetivo principal el interés superior del menor. Además, veremos cómo se resuelve este conflicto y se interpreta la legislación europea frente a este tema en los Tribunales de Derechos Humanos de la Unión Europea.

En fin, comenzaremos conociendo qué es la maternidad subrogada, como se encuentra regulada dentro y fuera de nuestro país para mostrar las distintas posiciones legislativas respecto a esta técnica, como se plantea la jurisprudencia al respecto a pesar de su expresa prohibición en la mayor parte del mundo y, por último, analizando la situación de la gestación por sustitución en cuanto al Sistema de Seguridad Social y a las prestaciones sociales.

### **3. METODOLOGÍA**

El método a seguir para la realización de esta investigación ha sido el análisis y la recopilación de información relativa a la gestación por sustitución y a la posible propuesta de concesión del permiso de maternidad por esta causa tanto a nivel nacional como a nivel mundial mediante:

- Las distintas leyes aplicables.
- La identificación de jurisprudencia al respecto.
- La consulta de comentarios sobre el tema en general y sobre jurisprudencia de diferentes autores en artículos, páginas web y libros.

En el caso de España, se ha analizado la Constitución Española, la Ley 14/2006, de 26 de mayo de 2006, sobre las Técnicas de Reproducción Humana Asistida y la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre de 1995, del Código Penal para hacer una valoración sobre el estado del tema en nuestro ordenamiento jurídico.

Para el estudio de la situación en la Unión Europea, se examinan las distintas Directivas vigentes que son las siguientes: Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación; Directiva 2006/54 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades y e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación; Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia; y por último, la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006 en Nueva York.

Además, de la localización de estas normas vigentes, se han encontrado sus antecedentes, lo que ayudará a la comprensión de su estado actual y la evolución conceptual y normativa de los preceptos analizados.

Además, se han estudiado y analizado algunas resoluciones judiciales relativas al tema específico, tanto a nivel nacional como europeo. Respecto al ámbito interno son reseñables una *SJS (Sala de lo Social núm.2) de Oviedo de 9 de abril de 2012* y la *STSJ*

*de Asturias (Sala de lo Social) de 20 de septiembre del 2012;* y en cuanto a las decisiones del TJUE, los Asuntos C-363/12 y C- 167/12.

Se ha hecho una búsqueda intensa de información escrita sobre el tema de la gestación por sustitución y, en concreto, sobre la regulación de la concesión del permiso de maternidad correspondiente al equiparlo a las demás situaciones protegidas. Sobre esta materia no se han encontrado muchos escritos ni grandes obras pero con la ayuda de algunas revistas y sentencias se ha podido progresar a lo largo de la investigación.

Con la investigación documental y jurisprudencial que se ha hecho, los pasos que se han procedido a efectuar son:

- Recopilar información
- Tratamiento de la información
- Análisis e interpretación de la información obtenida y, por último,
- Presentación de resultados y conclusiones

Por último, una vez recopilada toda la información necesaria para comenzar la investigación, se han ido descartando algunos materiales ya que podían conducir a conclusiones erróneas que puedan alejar del objetivo principal de conocer el estado actual de la gestación por sustitución y/o el correspondiente permiso y subsidio por maternidad.

## **4. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN Y EL PERMISO DE MATERNIDAD**

### **4.1 INTRODUCCIÓN**

La decisión de elegir como pilar del Trabajo de Fin de Grado el tema de la gestación por sustitución y el correspondiente permisos de maternidad/paternidad ha sido fundamentalmente por ser una cuestión de gran actualidad y de importantes debates tanto políticos-legales y sociales como éticos debido, por un lado, a la prohibición de su práctica y, por otro lado, a su falta de reconocimiento en el ámbito de la Seguridad Social.

En nuestro ordenamiento jurídico español esta práctica se encuentra prohibida y me gustaría hacer mención a dos artículos interesantes desde mi punto de vista: Por un lado, y haciendo referencia a nuestra Constitución Española, el art. 10.1 que establece que *“La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”*. Relacionando dicho artículo con mi trabajo, la gestación por sustitución se considera incompatible con la dignidad humana tanto de la madre como la del niño al suponer una vulneración de sus derechos fundamentales y libertades constitucionales, pero por otra parte el que la mujer no pueda someterse a dichas técnicas supone una vulneración al derecho de libre desarrollo de la personalidad para poder gestar un niño para terceras personas.

Por otro lado, haciendo referencia ya más en concreto a la gestación por sustitución, el art. 10.1 de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida dispone que *“Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero”*.

Este apartado hace claramente referencia a la ilegalidad de esta práctica por no ser válido el contrato que transmite al niño a un individuo o una pareja y por la renuncia que comete la madre a la filiación del menor. Más adelante se hará referencia de nuevo a estos artículos y otros de gran interés para el estudio de esta materia. Además se presentará la regulación sobre esta materia tanto a nivel europeo como a nivel mundial para comparar las distintas situaciones según cada país.

La gestación por sustitución presenta multitud de problemas y dificultades muy complejos como la filiación del menor concebido a través de esta técnica pero, concretamente, en nuestro estudio nos centramos en esta institución y los permisos de maternidad que se deberían conceder en el caso de que la madre subrogada mantenga una relación laboral durante y tras el embarazo. Por este motivo, resulta muy interesante examinar el régimen jurídico de las prestaciones sociales a los padres comitentes en nuestro sistema de Seguridad Social tanto a nivel nacional como de la Unión Europea.

Para ello analizaremos el concepto de “*gestación por sustitución*” tanto en España como en otros países para comparar la regulación de esta práctica en otros ordenamientos. Además, nos apoyaremos en sentencias españolas puesto que, pese a que este tipo de maternidad se encuentra prohibida, ya contamos con legisladores que prevén este problema y conceden a los padres legales del menor el permiso retribuido por maternidad/paternidad.

¿Se necesita un cambio normativo respecto a esta materia en España? ¿Se podría asimilar una maternidad por subrogación a una adopción? ¿Sería legal concederles a los futuros padres un permiso por maternidad? ¿Podemos incluir un nuevo supuesto para el percibo de esta prestación en España?

Con este Trabajo de Fin de Grado intentaremos resolver todas estas dudas planteadas ante este vacío jurídico que debería de comenzar a ser debatido de forma más general en nuestra sociedad puesto que esta práctica de gestación por sustitución se encuentra día a día más en auge y considero que toda mujer, sea madre de la forma que sea, tiene derecho tanto a la maternidad como a sus correspondientes prestaciones económicas y periodos de descansos previstos legalmente.

## **4.2 LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN**

### **4.2.1 Concepto y naturaleza**

Para el claro y profundo entendimiento de este tema, debemos analizar en primer lugar el término “*gestación por sustitución o subrogada*<sup>1</sup>”: se trata de una práctica en la que una mujer, la madre gestante, se queda embarazada con la intención de ceder al niño a otra persona al nacer, en este caso, los llamados padres comitentes o futuros.

Este acuerdo se realiza a través de un contrato oneroso o gratuito, en el cual intervienen tres partes: la persona o la pareja contratante, la mujer gestante, quien pondrá a disposición su útero para llevar a cabo la gestación, y por último, el equipo médico encargado de realizar y aplicar las técnicas de reproducción asistida (TRA)<sup>2</sup>.

La TRA, también denominada maternidad de alquiler, portadora o sustitutiva entre otras, se basa en que la mujer gestante porte durante los meses de embarazo al embrión en su cuerpo hasta la fecha de nacimiento, fecha en la que lo entregará a la otra parte contratante.

Para esta última puntualización debemos tener en cuenta ciertos artículos como lo son el art. 8 y art. 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950, referentes a la vida familiar y a la prohibición de discriminación respectivamente; los art. 7, respecto a la vida familiar, 9, haciendo referencia al derecho a fundar una familia, 20, igualdad ante la ley, y 21, principio de no discriminación, todos ellos de la Convención de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2010, en el cual se les reconoce tanto a las parejas homosexuales como a los hombres y mujeres individuales el derecho a la paternidad y maternidad, respectivamente, y basándose en el derecho de no discriminación.

---

<sup>1</sup> BRUNET L. (Lead); CARRUTHERS J.; DAVAKI K.; KIN D.; MARZO C.; MCCANDLESS J.: *El régimen de subrogación en los Estados Miembros de la UE*, Dirección General de Políticas Interiores, Parlamento Europeo, 2012.

<sup>2</sup> Según el art. 2.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo de 2006, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, las técnicas de reproducción humana asistida que, conforme a lo que se determina en el artículo 1, reúnen las condiciones de acreditación científica y clínica son las relacionadas en el anexo. En dicho anexo en su apartado A) Técnicas de Reproducción Asistida se incluyen en primero lugar la inseminación artificial; en segundo lugar la fecundación in vitro e inyección intracitoplásmica de espermatozoides procedentes de eyaculado, con gametos propios o de donante y con transferencia de preembriones; y en tercer lugar la transferencia intratubárica de gametos (BOE, núm. 126, de 27 de mayo de 2006).

#### 4.2.2 Causas

Generalmente recurren a esta práctica parejas que no pueden tener hijos por su infertilidad, parejas homosexuales o personas individuales que quieren crear familias mono-parentales y que optan por dicha vía.

Desde el 3 de julio de 2005 en España se encuentra legalizado el matrimonio entre personas del mismo sexo y, con ello, el ejercicio de cuantos derechos conlleva. Gracias a la Ley 13/2005<sup>3</sup>, de 1 de julio de 2005, la cual modifica el Código Civil en materia de derechos a contraer matrimonio, tanto las parejas gay o los hombres solos tienen derecho a la paternidad. Concretamente, el art. 44.2º del CC establece que: *“El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”*.

#### 4.2.3 Modalidades

Las técnicas de reproducción asistida ofrecen diversas posibilidades gracias a los avances que se han ido generando desde el inicio de su uso<sup>4</sup>. Existen dos grandes bloques referidos a la maternidad subrogada<sup>5</sup>:

- Maternidad subrogada tradicional: Este acuerdo de subrogación consiste en que se utilizan óvulos de la madre subrogada, la cual será la madre genética del niño. El embarazo se produce a través de un procedimiento de inseminación con el esperma del padre futuro o espermatozoides donados, o por medio de relaciones sexuales con el padre futuro u otro hombre. Esta técnica también es conocida en ocasiones como subrogación “parcial” o “de baja tecnología”.
- Maternidad subrogada por gestación: Se trata de un acuerdo de subrogación en el que no se utilizan los óvulos de la madre subrogada y otra mujer es la madre genética del niño. El embarazo se produce a través de un procedimiento de FIV, ya sea utilizando los óvulos de la madre futura o donados. También se denomina subrogación “completa”, “de fecundación in vitro” o “de alta tecnología”.

---

<sup>3</sup> Ley 13/2005, de 1 de julio de 2005, por la que se modifica el CC en materia de derecho a contraer matrimonio (BOE, núm. 157, de 2 de julio de 2005).

<sup>4</sup> En 1978 nace L. J. Brown en Inglaterra, la primera niña obtenida a través de la fecundación in vitro con la colaboración de EDWARDS y STEPTOE.

<sup>5</sup> FARNÓS AMORÓS, E.: “Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California. Cuestiones que plantea la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, 2010, p. 5.

Dentro de estas dos modalidades nos encontramos con cuatro situaciones de subrogación:

En primer lugar, la pareja contratante aporta el material genético (óvulo y espermatozoide) y la madre subrogante recibe el embrión en su útero para llevar a cabo la gestación y el nacimiento.

En segundo lugar, la mujer interesada aporta su óvulo fecundado por una persona ajena a su pareja, y, por lo tanto, hay por un lado unos padres genéticos o madre genética que recibirán al hijo y una mujer gestante que realizará la función de gestante para posteriormente entregar al niño al nacer.

En tercer lugar, la mujer gestante aporta también el material genético que puede ser inseminado por el sujeto individual o de uno de los miembros de la pareja que contrata o simplemente de un tercero. En este caso se encuentra la madre subrogada y genética a la vez, una mujer que desea ser la madre legal y unos sujetos que pueden ser los padres legales y padres genéticos a la vez.

Y, por último y en cuarto lugar, este supuesto se da cuando el material genético es aportado por individuos ajenos a la persona soltera contratante o a la pareja y en el que la madre portadora cede únicamente su útero<sup>6</sup>.

### **4.2.4 Problemas que plantea la gestación por sustitución y su equivalencia a la maternidad adoptiva**

Esta técnica para lograr la maternidad presenta una serie de problemas que se abordaran más a fondo a lo largo del trabajo pero que dejaré reflejados de forma breve a continuación:

- Problemas contractuales: Este tipo de contrato presenta ciertas limitaciones tales como si la celebración de dichos contratos debe considerarse legal o en qué medida pueden percibir las madres de alquiler una compensación económica por el servicio prestado.
- Problemas de filiación del menor: En función del país donde se lleve a cabo la gestación por sustitución se plantearán cuestiones como quiénes deben ser considerados los padres legales del niño o como se determinan los derechos

---

<sup>6</sup> VELA SÁNCHEZ, A.J, “Gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler. Cuestiones que suscita la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, *Diario La Ley*, nº 7608, Sección Doctrina, 11 de abril de 2011, p. 1 y 2.

parentales de los padres comitentes. Además, se suma otro problema a la hora de las gestaciones por sustitución transfronterizas: la situación familiar y la nacionalidad del niño.

- Problemas laborales por maternidad/paternidad: Nos encontramos ante un conflicto muy importante y poco valorado por la sociedad: el derecho de los padres que recurren a la gestación por sustitución a los permisos retribuidos por maternidad, acogimiento o adopción. Esta forma de maternidad no encaja en ninguno de los supuestos anteriormente mencionados y es a esta situación a la que dedicaremos especial atención a lo largo de la investigación.

Relacionado con el último problema, nos planteamos la equivalencia de la maternidad subrogada a la maternidad adoptiva para el reconocimiento de una prestación de Seguridad Social.

El subsidio por maternidad persigue dos finalidades: la atención del menor y el estrechamiento de los lazos paternos-filiales con el niño. Basándonos en esta argumentación, el presente supuesto es equiparable a los demás casos incluidos en el permiso de maternidad ya que se trata de una filiación. Además, señala el Alto Tribunal que la finalidad de la integración del adoptado en su nueva familia y en su nueva situación no se produce por el mero hecho de la convivencia con el adoptante con anterioridad a la adopción, sino que es en el momento de su consolidación cuando surge la nueva situación del adoptado. Es decir, a partir de la resolución judicial se establece la situación de hijo del adoptante y pasa a integrarse en la nueva familia<sup>7</sup>.

Recordemos asimismo que el Tribunal Supremo ha reconocido prestaciones de maternidad incluso en algunos casos en los que el adoptado ya se encontraba incorporado e integrado en la unidad familiar con anterioridad al inicio del periodo de descanso por maternidad, conviviendo con los adoptantes.

---

<sup>7</sup> Vid. HIERRO HIERRO, F.J.: “Gestación por sustitución y prestación de maternidad”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 6, octubre 2012, p. 57.

Haciendo una breve mención del art. 2 del Real Decreto 295/2009<sup>8</sup>, éste reconoce que la maternidad por sustitución es equiparable a las demás situaciones de hecho protegidas, la denegación de sus efectos cuando responde a la misma causa, supone una vulneración del principio de igualdad porque la diferente naturaleza de las instituciones no justifica la denegación del subsidio. Añadir también, que el hecho de que la maternidad por sustitución en España esté prohibida, no es motivo para que no se le reconozca a los padres comitentes el subsidio, ya que en otras situaciones ilegales o irregulares, existe la protección del sistema para los afectados.

Por último, el art. 23 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre de 2007, de Adopción Internacional<sup>9</sup> que hace referencia al Orden público internacional español, establece los criterios para conocer cuándo se contraría el orden público internacional español:

- El interés superior del menor
- Los vínculos sustanciales del supuesto en España.

La Conferencia de Derecho internacional privado de La Haya publica un informe el 10 de marzo de 2012 sobre los problemas de los contratos de gestación subrogada donde señala la necesidad de establecer un marco de cooperación entre las autoridades estatales, buscando soluciones efectivas y, considerando así, que el orden público podría resultar atenuado en soluciones que se centrarán en el reconocimiento de las filiaciones válidamente determinadas en un Estado por aquellos cuyo ordenamiento prohibieron esta práctica, como es el caso de España.

Se puede considerarse, pues, que más allá de la protección de la dignidad de la mujer, cuando la cuestión se centra en el ámbito de los niños, hay un principio superior en todos los órdenes que es el del interés superior del menor<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> El art. 2 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo de 2009 afirma que se considerarán jurídicamente equiparables a la adopción y al acogimiento preadoptivo, permanente o simple, aquellas instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras, cuya finalidad y efectos jurídicos sean los previstos para la adopción y el acogimiento preadoptivo, permanente o simple, cuya duración no sea inferior a un año, cualquiera que sea su denominación.

<sup>9</sup> El art. 23, denominado Orden público internacional español, de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre de 2007, de Adopción Internacional, afirma que “en ningún caso procederá la aplicación de una ley extranjera cuando resulte manifiestamente contraria al orden público internacional español”.

<sup>10</sup> Vid. PARRÓN CAMBERO, M. J.: “Ventre de alquiler: *mater semper certa est, pater semper incertus est*”, *Diario La Ley*, núm. 8269, Sección Tribuna, 2014, p. 4.

### **4.3 LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN ESPAÑA**

Cada país tiene su propia legislación en referencia a la gestación por sustitución y lo regula de su propia forma ya que no existe una norma general a nivel mundial. Tanto la legislación internacional, como el ordenamiento comunitario o los diversos Estados nacionales carecen de una ordenación completa y específica que acoja y resuelva las principales cuestiones que tratan las técnicas de reproducción asistida<sup>11</sup>. A continuación se analizará la situación concreta de España con la ayuda de legislación y jurisprudencia nacional:

#### **4.3.1 Regulación en el ordenamiento jurídico español**

##### ***4.3.1.1 Constitución Española de 1978***

Como anteriormente he nombrado, el art. 10.1 de la CE en su Título Primero, de los Derechos y Deberes Fundamentales establece que *“La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”*<sup>12</sup>, lo que puede ser interpretado como inhumano en cuanto a la gestación por sustitución tanto para la madre gestante como para el menor ya que éste último se convierte en objeto de tráfico mercantil y permite que determinados intermediarios realicen negocio con ellos. Sin embargo, y desde otro punto de vista, el que la mujer no pueda disponer libremente de dichas técnicas se podría considerar una vulneración al derecho del libre desarrollo de la personalidad de la mujer por tener el deseo o la voluntad de gestar para otros ajenos.

Además, el art. 14 de la CE, presente en el Capítulo II, de Derechos y Libertades, dice que *“Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”*. Dicho artículo es usado con gran frecuencia, en relación con la discriminación por razón de nacimiento, como argumento en las sentencias cuando se aborda el tema de la inscripción en el Registro Civil español de menores nacidos a través de esta técnica en países donde sí se

---

<sup>11</sup> PÉREZ MIRAS, A., TERUEL LOZANO, G.M. y CARLO RAFFIOTTA, E.: Desafíos para los derechos de la persona ante el siglo XXI: Vida y Ciencia; Sfide per i dirittidella persona nel XXI secolo: Vita e Scienza; Challenges of individual rights in the XXI century: Life and Science, Thomson Reuters Aranzadi, Primera Edición 2013, pp. 178-188.

<sup>12</sup> BOE, núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

considera legal y al distinguir entre hijos “naturales” e hijos “adoptivos” a pesar de su igualdad ante la Ley.

Por último, hacer mención al art. 39.2 de la CE en su Título Primero, Capítulo III, de los Principios rectores de la Política Social y Económica, el cual considera que “*Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad*”. Según el artículo mencionado, los hijos deben ser protegidos de forma íntegra y, por lo tanto, debe ser considerada madre la persona que más pueda proteger, atender y velar por el niño de manera adecuada y conveniente, con independencia de su filiación. Pero se plantea un problema y es que los donantes tienen derecho al anonimato. Este aspecto afecta concretamente en el caso de fecundación de la mujer sola, puesto que se impide al hijo nacido de forma artificial el acceso a su identidad genética y a la investigación de la paternidad.

El derecho a procrear puede ser entendido como un derecho fundamental de toda persona, al igual que el derecho a la vida y la integridad física y a la libertad. El Estado no puede prohibir a sus ciudadanos el tener hijos o descendencia por lo que, tampoco, se puede prohibir el derecho a usar las técnicas necesarias para realizar la inseminación artificial y, por tanto, cumplir el deseo de ser padres.

#### ***4.3.1.2 Ley 14/2006, de 26 de mayo de 2006, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida***

Durante la década de los 70, el comienzo del uso de dichas técnicas de gestación hizo necesario que se regulara ello en la Ley 35/1988, de 22 de noviembre de 1988, sobre Técnicas de Reproducción Asistida (TRA)<sup>13</sup>. Con el paso de los años, dicha ley se vio modificada por la Ley 45/2003, de 21 de noviembre de 2003, puesto que se necesitaba dar respuestas a ciertas cuestiones.

Sin embargo, dicha Ley únicamente consiguió dar respuesta parcialmente a las exigencias y la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida reivindicó una nueva reforma de la legislación vigente para paliar los problemas planteados y los

---

<sup>13</sup> BOE, núm. 282, de 24 de noviembre de 1988 (BOE-A-1988-27108). Esta ley se elaboró sobre los trabajos de una Comisión Especial de Estudio de la Fecundación in vitro y la Inseminación Artificial Humanas creada el 29 de mayo de 1985 en el Congreso de los Diputados y constituida por parlamentarios de los distintos grupos políticos.

vacíos legales, modificando así la Ley 45/2006 por la actual Ley 14/2006, de 26 de mayo de 2006, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

La vigente LTRHA hace referencia en su art. 10.1 a la maternidad subrogada y afirma que “*Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncie a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero*”. Nuestro ordenamiento jurídico prohíbe expresamente dicho contrato, ya que no solo se proclama la nulidad de pleno derecho del contrato de gestación por sustitución, sino que además prevé cuál debe ser el régimen de la filiación del niño que sea dado a luz como consecuencia de dicho contrato<sup>14</sup>: la filiación materna quedará determinada por el parto y, consecuencia de ello, se considerará madre jurídica o legal a la mujer que da a luz al niño<sup>15</sup>. Esta Ley no diferencia la posibilidad de gestar a partir de material genético de los propios padres comitentes, hecho que facilitaría la filiación del menor y asemejaría la situación a una adopción (la madre biológica podría ser la donante del óvulo fecundado).

El art. 10.3 prevé que “*Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales*”, lo que nos viene a decir que, de forma general, la filiación paterna está determinada por el consentimiento de éste a aplicar las correspondientes técnicas y en función de la aportación del material reproductor masculino, salvo que éste sea un donante.

En caso de que éste sea donante, el art. 8.3 de la LTRHA establece que la revelación de la identidad del donante no implica en ningún caso determinación legal de la filiación. Cuando una mujer haga uso de las técnicas de reproducción asistida, se encuentre casada y la fecundación del óvulo sea tanto realizada por su marido o por un tercero, el marido será el asociado a la filiación paterna puesto que ha dado su consentimiento para que la mujer se someta a dichas técnicas reproductoras<sup>16</sup>. Otro caso distinto es cuando el hombre no consienta que la mujer se someta a dicho tratamiento,

---

<sup>14</sup> La LTRHA, en su art. 10.2 dispone que “la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”.

<sup>15</sup> Responde a un principio del Derecho Romano denominado “*mater semper certa est*” (procedente del latín), que puede traducirse como “La madre es siempre conocida”, por el que se comprueba la maternidad y la identificación con la persona que da a luz al niño, es decir, que la filiación se determina por el parto.

<sup>16</sup> Según el art. 8.1 de la LTRHA “ni la mujer progenitora ni el marido, cuando hayan prestado su consentimiento formal, previo y expreso a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido como consecuencia de tal fecundación”.

en este caso el hijo nacido no se inscribiría en el Registro Civil como una filiación matrimonial. El padre genético podrá reclamar su paternidad pero cuando se de la situación de que el material genético venga aportado por un donante, la paternidad no se podrá determinar.

La donación será realizada de forma anónima, reservando la identidad del donante, a excepción de circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las Leyes procesales penales, según el art. 5.5 de esta Ley.

Otro punto importante, el art. 8.2 establece que en el caso de que una mujer no necesite autorización del marido, sea por separación legal o por ser pareja de hecho, y el donante sea un varón no casado que preste su consentimiento, la determinación de la filiación será considerada no matrimonial. Esto significa que el padre genético podrá reclamar su paternidad según lo dispuesto en las reglas generales<sup>17</sup>.

Por último, haremos referencia a las parejas homosexuales en materia de reproducción humana y la entrada en vigor de la Ley 13/2005, de 1 de julio de 2005, la cual no supuso cambios ni modificaciones en la LTRHA:

- En el caso de una pareja de mujeres no será necesario que recurran a un vientre de alquiler ya que cualquiera de ellas puede someterse a dichas técnicas de reproducción. Sin embargo, según el art. 7.3<sup>18</sup>, cuando la pareja estuviera casada y la mujer no gestante diera su consentimiento para la fecundación mediante las técnicas nombradas, la filiación será reconocida a su favor. Esto ha sido establecido por una disposición<sup>19</sup> para que la mujer no gestante determine su filiación respecto del nacido.

---

<sup>17</sup> Las reglas generales se encuentran recogidas en el capítulo II del Código Civil (CC) sobre la determinación y prueba de la filiación y en el capítulo III de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) sobre los procesos sobre filiación, paternidad y maternidad.

<sup>18</sup> Según el art. 7.3 LTRHA: “Cuando la mujer estuviera casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido”.

<sup>19</sup> El artículo 7 de la LTRHA ha sido redactado por la disposición adicional primera de la Ley 3/2007, de 15 de marzo de 2007, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas (BOE, núm. 65, de 16 de marzo de 2007).

- En el caso de una pareja de hombres es evidente la necesidad de recurrir a una mujer y a un contrato de gestación por sustitución para la gestación del niño. En este caso nos encontramos ante el uso de las reglas generales para la filiación paterna, determinándose ésta a partir del consentimiento prestado para la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida y en función de la aportación del material genético masculino. A pesar de que el contrato de gestación se encuentra prohibido en España, se reconoce la filiación del nacido por rango biológico y no por contractual. Por último, una vez llevada a cabo la filiación del menor, la pareja homosexual podrá iniciar los trámites para la adopción del niño, siempre que la mujer gestante preste su consentimiento para la adopción y la pareja se encuentre casada.

Como consecuencia de la prohibición de esta práctica, la LTRHA prevé en los art. 24 y art. 26<sup>20</sup> infracciones y sanciones: se prevén sanciones administrativas, además de las responsabilidades civiles, penales o de otro orden, y la práctica de cualquier técnica no permitida ni autorizada es considerada una infracción muy grave.

En conclusión, la gestación por sustitución se encuentra prohibida al establecer que la madre legal es la mujer que da a luz y que cualquier tipo de acuerdo o contrato en el que se renuncia a la filiación del niño a favor de terceros por parte de la madre gestante, será considerado nulo.

#### ***4.3.1.3 Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre de 1995, del Código Penal***

El Código Penal recoge en su Capítulo II las correspondientes sanciones jurídico-penales<sup>21</sup> para quienes participen en la práctica de la gestación por sustitución:

En primero lugar, el art. 220.2 de CP sanciona con pena de prisión de seis meses a dos años a la persona que oculte o entregue a terceros un hijo para alterar o modificar su filiación y; en segundo lugar, el art. 221.1 de CP establece que *“los que, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concurra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación, serán castigados con las penas de*

---

<sup>20</sup> Véase el art. 24 y art. 26 de la LTRHA.

<sup>21</sup> Vid. MUÑOZ CONDE F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 19ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 295-299.

*prisión de uno a cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a 10 años”.*

Además, si se consiguiera de forma fraudulenta la inscripción de la maternidad a favor de la comitente, podría considerarse que la alteración de la filiación se produce en el momento de inscribirse en el Registro, en concurso con un delito de falsedad en documento público.

#### **4.3.2 La determinación de la filiación del menor e interpretación y jurisprudencia**

##### ***4.3.2.1 Aspectos generales***

El contrato de gestación por sustitución presenta un problema en España a la hora de reconocer la filiación del menor en nuestro Registro Civil<sup>22</sup>. Nos encontramos ante una técnica prohibida en España y, el dotar de legalidad a una resolución extranjera sin validez dentro de nuestro ordenamiento resulta un problema muy complejo.

Gracias a la reciente *Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010* se permite la inscripción en el Registro Civil de los hijos nacidos mediante esta técnica en los países cuya normativa la permita y siempre que al menos uno de los progenitores sea español. Se funda en la existencia de una resolución judicial extranjera que determine la filiación jurídica respecto de un progenitor español.

A pesar de ello, dicha *Instrucción* no ha dado respuestas para todos los casos planteados. A continuación analizaremos un supuesto fáctico, un proceso largo y complejo que a día de hoy sigue sin obtener ni soluciones ni respuestas: un matrimonio gay español decide celebrar un contrato de gestación por sustitución con una mujer americana del que nacen dos niño gemelos, pero se encuentran con complicaciones a la hora de inscribir a sus hijos en el Registro Civil español.

##### ***4.3.2.2 Análisis jurisprudencial de la STS (Sala de lo Civil), nº 835/2013, de 6 de febrero de 2014***

A principios de año en curso, la *STS (Sala de lo Civil) de 6 de febrero de 2014*, recurso 835/2013, ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre este tema de forma bastante conservadora aunque no todos los magistrados estuvieron de acuerdo. Se

---

<sup>22</sup> Según el art. 23 de la LRC y el art. 85 del RRC, cuando se pretende registrar a un nacido en territorio no español, el Encargado del Registro Civil español competente para practicar la inscripción debe comprobar que exista conformidad con la Ley española de los hechos y de los actos jurídicos que pretenden acceder al Registro Civil.

procede a relatar los antecedentes y los fundamentos jurídicos, para ver el fallo así como el voto particular.

Se trata de dos varones españoles casados entre sí el día 30 de octubre de 2005 en Valencia que acuden con fecha 7 de noviembre de 2008 a inscribir en el Registro Consular español en Los Ángeles (California, EE.UU) el nacimiento de los recién nacidos, como hijos propios del matrimonio, aportando, entre otros documentos, el certificado de nacimiento del condado de San Diego en el que constan como padres de los menores. La pareja logra la inscripción pero con fecha 10 de noviembre el Encargado del Registro Civil consular español dictó auto acordando denegar la inscripción de los menores por haber nacido como consecuencia de un contrato de gestación por sustitución y ser considerada una práctica prohibida en España según el art. 10 de la LTRHA.

Se interpone un recurso contra dicho auto que fue resuelto por la DGRN de 18 de febrero de 2009, estimando el recurso y procediendo así a la inscripción de los menores en el Registro Civil consular. Dicha resolución entendió que existían dos vías para la inscripción de los niños: el control de legalidad de las certificaciones registrales extranjeras<sup>23</sup> (comprobación de si se trata de un documento público autorizado por una autoridad extranjera) y que la certificación hubiese sido emitida por una autoridad registral que desempeñe funciones equivalentes a sus respectivas españolas.

Además, la resolución mantiene que dicha inscripción no vulnera el orden público internacional español puesto que la certificación registral californiana cumple con los requisitos formales para la inscripción. Se parte de la existencia de una resolución judicial extranjera que ampara la certificación registral.

En California, unos meses antes del parto se inicia el procedimiento judicial para determinar la filiación conforme con la voluntad de las partes expresada en el acuerdo. El juicio de paternidad se celebra con la intervención del ginecólogo que ha practicado la FIV, la agencia seleccionadora de la madre de alquiler, los padres y el resto de las partes interesadas. El juez declara la paternidad a favor de los contratantes mediante

---

<sup>23</sup> El control de legalidad viene dado por el art. 23 de la Ley 20/2001, de 21 de julio de 2001, del Registro Civil, y se trata de que el encargado del Registro español no determinará la filiación jurídica conforme a nuestro Derecho, sino que se limita a registrar una ya determinada legalmente conforme a una legislación extranjera vigente.

sentencia, extinguiendo la filiación que se pudiera establecer respecto de la madre subrogada<sup>24</sup>.

En conclusión, la DGRN declara, y no presentando alegación alguna al respecto el Ministerio Fiscal, que al cumplirse con los requisitos formales y no vulnerar el orden público internacional español, se procederá a la inscripción de los menores a pesar de considerarse una práctica prohibida en España. En este caso no se trata de determinar una filiación, sino de precisar si una filiación ya determinada en virtud de una certificación registral extranjera puede acceder al Registro Civil español.

La Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia núm. 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010 rechaza la solución dada por la DGRN, basándose en la nulidad en nuestro ordenamiento jurídico del convenio de gestación por sustitución y en que la filiación del menor siempre vendrá “determinada por el parto”. La sentencia cuestiona si la certificación registral extranjera vulnera el contenido de la Ley 14/2006, concluyendo que la Resolución de la DGRN no respeta las normas españolas. Se estima dicha demanda y se deja sin efecto la inscripción de nacimiento de los niños, ordenando su cancelación<sup>25</sup>.

Asimismo, se dicta la *Instrucción DGRN de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución*, cuya finalidad es “dotar de plena protección jurídica el interés superior del menor y proteger a las mujeres que se presten a dichas técnicas de reproducción<sup>26</sup>”. A partir de aquí, el modus operandi de los interesados será acudir ante el Registro Civil correspondiente con una resolución judicial dictada por el Tribunal competente. Si se pretende registrar la certificación extranjera, se acordará la no inscripción de la misma por no considerar acreditada la verdadera filiación (Resolución de 15 de abril de 2013 (48ª)<sup>27</sup>).

El matrimonio interpone recurso de apelación contra la sentencia dictada en primera instancia y el Ministerio Fiscal se opone a éste. La resolución a dicho recurso es

---

<sup>24</sup> PARRÓN CAMBERO, M. J.: “Ventre de alquiler: *mater semper certa est, pater semper incertus est*”, *Diario La Ley*, núm. 8269, Sección Tribuna, 2014, p. 3.

<sup>25</sup> Vid. RUBIO TORRANO, E.: “Inscripción como hijos de un matrimonio de varones, nacidos mediante la gestación por sustitución”, *Aranzadi Civil: Revista Doctrinal*, núm. 9, 2011, pp. 11-14.

<sup>26</sup> Vid. CORERA IZU, M.: “Abandonados, apátridas y sin padres”, *Diario La Ley*, núm. 8345, 2014, p. 17.

<sup>27</sup> La *Resolución de 15 de abril de 2013 (48ª)* recoge que no es inscribible, por exigencias del principio de veracidad biológica, un nacimiento ocurrido en California en 2009 con doble filiación española cuando hay datos suficientes para deducir que la pretendida filiación de la menor no se ajusta a la realidad.

la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10ª, de 23 de noviembre de 2011, que desestima el recurso. Los requisitos formales, el control de legalidad y el hecho de que no vulnera el orden público internacional español tienen cabida en esta sentencia. Haciendo referencia al orden público internacional español, esta sentencia mantiene que existen una serie de obstáculos importantes para la inscripción en el Registro Civil, como la infracción por la certificación registral californiana del orden público internacional español. Por ello, se procede a desestimar el recurso de apelación interpuesto por los demandados.

▪ Recurso de casación:

El recurso de casación se entorna a un único motivo: La infracción del art. 14 CE por vulnerar el principio de igualdad en relación con el derecho a la identidad única de los menores y el interés superior de éstos. Los argumentos utilizados de forma resumida son el no permitir la inscripción de los menores en el Registro Civil a favor de dos varones (discriminación), privación de su filiación a los menores, vulnerando así el interés superior del menor, y el hecho de que el reconocimiento de la filiación no contradice el orden público internacional español.

▪ Valoración de la Sala:

La cuestión objeto del proceso es si se procede el reconocimiento por las autoridades del Registro Civil español a la inscripción del nacimiento de los menores a partir de una decisión de una autoridad administrativa extranjera. El reconocimiento de la certificación registral extranjera se ha procedido por lo establecido en el art. 81 del RRC y consiste en verificar que sea regular y auténtica, es decir, que tenga garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la Ley española. Además, el art. 23 de la LRC exige que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española.

En cuanto al orden público<sup>28</sup> se exige el respeto a las normas, principios y valores que lo engloban. Se establece también que la determinación de la filiación por criterios distintos a los puramente biológicos no constituye en sí una contravención del orden

---

<sup>28</sup> Todos los derechos y principios constitucionales recogidos en el Título I de la CE integran ese orden público que actúa como límite al reconocimiento de decisiones de autoridades extranjeras y, en definitiva, a la posibilidad de que los ciudadanos opten por las respuestas jurídicas diferentes que los diversos ordenamientos jurídicos dan a una misma cuestión. Como ejemplo, el art. 39.4 de la CE que trata sobre la protección de la infancia, que ha de gozar de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

público internacional español. No se encuentra establecido como fuente exclusiva de la filiación el hecho biológico, además de la posibilidad de determinar la filiación de forma legal a favor de dos personas del mismo sexo.

El problema se plantea en nuestro ordenamiento jurídico ya que no acepta la generalización de la adopción y los avances en las TRA. Esta última vulnera la dignidad de la mujer gestante y del niño, provocando su mercantilización y explotando el estado de necesidad de algunas mujeres en situaciones de pobreza. A consecuencia de ello, se crea un escenario en el que solo la parte que dispone de altos recursos económicos pueda establecer relaciones paterno-filiales<sup>29</sup>.

- Inexistencia de discriminación por razón de sexo u orientación sexual:

En el recurso se alega la existencia de discriminación por razón de sexo al no permitir la filiación de los menores a favor de dos varones pero dicho argumento no es admitido puesto que la causa de no reconocer la paternidad del matrimonio es por haber recurrido a la gestación por sustitución en California, técnica prohibida en España.

- El interés superior del menor<sup>30</sup>:

El “interés superior del menor” es un concepto jurídico indeterminado que el propio legislador introduce conscientemente pero que, en ocasiones, no encuentra unanimidad social en su contenido específico. En esta sentencia, según los recurrentes, se vulnera el principio del interés superior del menor por:

1. Perjudicar su posición jurídica y dejarlos desprotegidos.
2. Haber dado su consentimiento inicial para ser padres y, por tanto, son los mejores padres por naturaleza que los menores puedan tener. La mujer que los ha dado a luz ha cumplido su papel como gestante, mera parte del contrato.

---

<sup>29</sup> El art. 4 del Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993 (*BOE*, núm. 182, de 1 de agosto de 1995) trata sobre las condiciones de las adopciones internacionales e intenta regular de la mejor forma posible todos los problemas que puedan atentar contra la mujer gestante y el menor.

<sup>30</sup> El principio del “interés superior del menor” viene recogido en diversas legislaciones: en primer lugar la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España; en segundo lugar, en el art 24.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea; en tercer lugar, en el art. 39 de la CE y en la regulación de las relaciones paterno-filiales del CC; y en cuarto lugar, en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de 1996, de Protección Jurídica del Menor.

3. El menor tiene derecho a una identidad única que se debe respetar por encima de fronteras estatales.

Según la Resolución de la DGRN, el interés superior del menor exige que “*éstos queden al cuidado de los sujetos que han dado su consentimiento para ser padres, ya que ello constituye el ambiente que asegura al niño la protección y el cuidado necesario para su bienestar*”. El legislador español, al haber considerado nulo el contrato de gestación y al negar la filiación a favor de los padres comitentes, se entiende que ha vulnerado el interés superior del menor<sup>31</sup>.

La Ley no prevé dejar sin identidad a estos menores ni sin régimen de filiación: la filiación materna quedará determinada por el parto y se prevé la posibilidad de que se realice la reclamación de paternidad respecto del padre biológico.

Como resolución a este caso se plantea: en primer lugar, se desestima el recurso de casación interpuesto por el matrimonio homosexual español, negándoseles la inscripción de la filiación de los menores a su favor.

En segundo y último lugar, se insta al Ministerio Fiscal a que, de acuerdo con las funciones que le atribuye su Estatuto Orgánico, ejercite las acciones pertinentes para determinar la correcta filiación de los menores y su protección, tomando en consideración, la efectiva integración de los mismos en un núcleo “de facto”.

En conclusión y como comentario final<sup>32</sup>, esta sentencia ha tratado de proteger al máximo el interés superior del menor y los derechos de la mujer gestante para evitar, principalmente, el tráfico de seres humanos. Los menores no han podido ser inscritos en el Registro Civil español como hijos de los recurrentes pero, existen dos posibilidades para resolver dicha situación<sup>33</sup>:

---

<sup>31</sup> El art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece el “interés superior del menor” como una “consideración primordial” a la que han de atender los tribunales y demás instituciones públicas y privadas en todas las medidas concernientes a los niños.

<sup>32</sup> Algunos comentarios sobre esta sentencia y la DGRN son: CALVO CARAVACA, A-L. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: Consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 1, núm. 2, 2009, pp. 294-319. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO.: “Hijos “made in” California”, *Aranzadi Civil*, núm. 3/2009 (Tribuna), 2009, pp. 2117-2119.

<sup>33</sup> VELA SÁNCHEZ, A. J.: “Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución no pueden ser inscritos en el Registro civil español: a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014”, *Diario La Ley*, núm. 8279, de 26 de marzo de 2014, p. 1 y ss.

- Sin vínculos biológicos: A la hora de priorizar a favor de quién se inscribe la filiación de estos menores, se debería tener más en cuenta y, además, lo exige el interés superior del menor, que tengan preferencia los padres comitentes pues es con quién forman una familia de hecho.
- Con vínculos biológicos: En primer lugar se permite la reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, determinándose así la filiación paterna respecto del mismo; en segundo lugar, cuando ninguno de los comitentes hubiera aportado material genético en la concepción pero sí formaran ya una familia, habría que partir de este dato y permitir el desarrollo y la protección de estos vínculos; y en tercer y último lugar, cuando ninguno de los comitentes sea progenitor biológico, la única solución para legalizar la situación de hecho sería el acogimiento familiar o la adopción.

En mi opinión, estos menores no deberían encontrarse a día de hoy sin identidad ni filiación jurídica, ni sus padres ante este desconcierto cuyo único objetivo es lograr el reconocimiento de los menores como sus hijos legales. Considero que existe todavía un vacío legal respecto a esta materia y que se debería modificar esta normativa que prohíbe la gestación por sustitución en España. La gestación por sustitución es una técnica usada cada vez con más frecuencia por parejas tanto heterosexuales como homosexuales cuyo deseo es ser padres y que no tienen la posibilidad de serlo de forma natural. El problema se presenta en que este deseo de la maternidad/paternidad se debe realizar fuera de nuestro país y, a su vuelta con el menor, se presentan este tipo de problemas, dejando en algunos casos al menor sin nacionalidad ni identidad legal. Diferentes autores consideran la gestación por sustitución como una adopción de “primera clase o clase alta” puesto que supone el tener la posibilidad de ser padres de un bebé sanitariamente controlado al que se tiene acceso desde un primer momento y que, en la mayoría de los casos, porta material genético propio<sup>34</sup>.

#### **4.3.3 La “adopción exprés” como vía española a la gestación por sustitución**

A pesar de la prohibición de esta práctica en España, se producen casos de gestaciones por sustitución. Estas situaciones se suelen ocultar bajo adopciones puesto

---

<sup>34</sup> CERDÁ SUBIRACHS, J., “La insostenible legalización de facto de la maternidad subrogada en España. A propósito de la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la DGRN”, *Abogados de Familia*, Editorial La Ley, núm. 60, Sección Tribuna Abierta, Segundo trimestre de 2011.

que lo que se considera nulo es el contrato donde la mujer gestante renuncia a la filiación materna a favor de un tercero.

Según el art. 177.2.2º del CC, la madre no podrá pactar la entrega del niño nunca antes de dar a luz, concretamente podrá hacerlo 30 días después del parto. Es decir, aunque la madre pretenda difuminar la gestación por sustitución como si fuese una adopción no podrá hacerlo hasta pasar el plazo de un mes tras dar a luz. Esto sólo es posible en los casos que alguno de los padres comitentes haya aportado material genético y proceda a reclamar la paternidad biológica del nacido<sup>35</sup> y la madre gestante ceda a esa adopción. En este caso, la pareja del reclamante de la paternidad podrá adoptar al menor. Gracias a este forma de “adopción exprés”, el contrato por escrito no y, por tanto, no se considera ilegal dicha práctica.

La adopción exprés resulta muy ventajosa respecto a la adopción internacional de un menor ya nacido al presentar ésta unos costes económicos más bajos y al tratarse de un proceso temporalmente más corto que la adopción internacional.

#### **4.4 LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN EL MARCO DE LA UNIÓN EUROPEA Y A NIVEL MUNDIAL**

En la “IV Conferencia Mundial de la Mujer<sup>36</sup>” celebrada en Beijing en 1995 se reafirman dos aspectos: que los derechos humanos de la mujer engloban su derecho a tener el control sobre todas las cuestiones relativas a su sexualidad, incluida su capacidad reproductiva y el derecho a la procreación, que consiste en decidir libre y de forma responsable el número de hijos que se desea tener, el espaciamiento de sus nacimientos, y en disponer de la información y de los medios necesarios para lograrlo.

Ante el conflicto que se presenta cada día con más frecuencia y ante el limbo jurídico que se encuentran muchos niños, la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado<sup>37</sup> se encuentra en trámites para preparar un convenio específico

---

<sup>35</sup> Según lo expuesto en el art. 10.3 de la LTRHA “queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”.

<sup>36</sup> GODOY VÁZQUEZ, M. O., “La prohibición legal de la gestación por sustitución como límite al ejercicio del derecho a la procreación en el ordenamiento jurídico español”, PÉREZ MIRAS, A., TERUEL LOZANO, G. M., CARLO RAFFIOTA, E., Desafíos para los derechos de la persona ante el siglo XXI: Vida y Ciencia, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona 2013, pp. 13 y ss.

<sup>37</sup> LAMM, E.: “Gestación por sustitución. Realidad y Derecho”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3, 2012, p. 28.

para regular los acuerdos internacionales de gestación por sustitución, puesto que se necesita de forma urgente una regulación internacional que contemple este problema.

La gestación por sustitución ofrece tres opciones en cuanto a su tratamiento legal: desde países donde se encuentra totalmente prohibida esta práctica (como hemos visto, el caso de España), otros que lo regulan para determinadas situaciones y en otros que se encuentra legalizada completamente. Podemos hablar de tres enfoques jurídicos en función de la legalización de la gestación por sustitución:

- Ilegales: España, Francia, Portugal, China, Japón o Italia
- Legales, siempre que el contrato sea altruista: Canadá, México DF o Brasil, Bélgica, Reino Unido, Grecia, Australia u Holanda
- Legales, tanto con o sin ánimo de lucro: Israel, India, Rumanía, Ucrania, Rusia, Nueva Zelanda y determinadas partes de los Estados Unidos

En la mayoría de los países donde se practica libremente la gestación por sustitución se produce dicho contrato con fines lucrativos, lo que ha convertido a esta práctica en una industria millonaria en la cual se debe cuidar la posible mercantilización de los niños o del aprovechamiento en países pobres que permitan este método.

A continuación se analizará, por un lado, el caso de Europa y su normativa respecto a la maternidad subrogada, y por otro lado, el caso de Estados Unidos y de India, cargados de polémica por distintas razones.

### **4.4.1 Regulación de la gestación por sustitución en Europa**

A pesar de la gran actividad y la elaboración de muchos documentos realizados tanto por el Consejo como por el Parlamento Europeo respecto al tema de la maternidad subrogada, en la Unión Europea no existe una política común consensuada para todos los Estados Miembros en materia de reproducción humana asistida.

Los distintos Estados coinciden en la necesidad de establecer unos padres legales y una identidad definida para el menor. Se presentan dos escenarios distintos:

- El primer escenario se presenta en el país donde se encuentra prohibida la gestación por sustitución y al menor se le aplican las reglas generales de atribución de la paternidad legal, acabando bajo el cuidado de alguien con el cual no tiene ningún vínculo jurídico. Algunos tribunales de determinados Estados Miembros han hecho referencia a la adopción u otras medidas del

Derecho de la familia<sup>38</sup>, otros se han negado a hacerlo, basándose en las políticas públicas.

- El segundo escenario implica el reconocimiento de la filiación tras realizar una subrogación transfronteriza donde los padres comitentes viajan a otro país. La situación puede verse agravada cuando las normas de los dos países no coinciden como puede ser el caso de España y California<sup>39</sup>, donde, por ejemplo, el primer país determina la filiación del menor por el parto. Existen otros problemas como el reconocimiento de dos padres del mismo sexo, lo que puede dejar al menor sin padres y sin ciudadanía.

En los últimos años, se han iniciado diversas directivas de la UE relativas a la prestación de asistencia sanitaria reproductiva y la gestión de material biomédico<sup>40</sup>, sin embargo a la hora de tratar los asuntos relativos a las relaciones familiares, el papel de la UE es mucho menos visible.

A continuación, comentare brevemente dos sentencias muy polémicas en el marco de la Unión Europea contra Francia dictada por el TEDH.

#### ***4.4.1.1 Análisis jurisprudencial de la STEDH, de 26 de junio de 2014, caso *Mennesson*, recurso núm. 65192/11 y caso *Labassee*, recurso núm. 65941/11***

Se trata sobre el recurso interpuesto por el TEDH contra Francia ante la negativa de la Corte de Casación a realizar la inscripción de la filiación de hijos nacidos de madres de alquiler en el extranjero, pudiendo afectar ello a la identidad de los menores, por atentar contra los principios esenciales del derecho francés y trasgrede el orden público<sup>41</sup>.

El art. 8 del CEDH, relativo al Derecho a la vida privada y familiar, garantiza el interés superior del menor y queda totalmente anulado en dicha sentencia ya que la decisión tomada por el Tribunal de Casación es que puede dejar al niño bajo la custodia de los servicios sociales para después proceder a su adopción a favor de otras personas.

---

<sup>38</sup> Por ejemplo Austria, Bélgica, Italia, Irlanda, Suecia o Reino Unido.

<sup>39</sup> Véase la *STS (Sala de lo Civil)*, de 6 de febrero de 2014. Recurso núm. 835/2013.

<sup>40</sup> Un ejemplo de ellos es la Directiva 2004/23/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, relativa al establecimiento de normas de calidad y de seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos (*DOUE L 102/48*, 7 de abril de 2004).

<sup>41</sup> *Vid.* ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A. / CARRIZO AGUADO, D.: “Tratamiento legal del contrato de gestación por sustitución en el Derecho Internacional Privado español a la luz de la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014. Dime niño, ¿de quién eres...? *La Notaría*, núm. 2/2014, p. 15.

Se presentan tres vías posibles a seguir: en primer lugar, la prohibición absoluta del contrato de gestación y sus efectos sobre la filiación del niño; en segundo lugar, el mantenimiento de la prohibición del contrato de gestación aunque admitiendo sus efectos y por tanto la inscripción, creando un vínculo de filiación con el niño y; en tercer y último lugar, instaurar un estatuto jurídico adecuado que regule y ordene tales prácticas y sus consecuencias sobre la filiación<sup>42</sup>.

En las conclusiones generales, se declara la no violación del art. 8 del CEDH en relación con el derecho a la vida familiar del matrimonio *Menesson*, pero sí declara la infracción en relación al caso *Labassee* por vulnerar su derecho a la vida privada, tomando como ejemplo el principio del interés superior del niño.

Otro aspecto es la no concesión de la nacionalidad de los padres al niño dificultando los desplazamientos de la familia y provocando graves problemas ante otras autoridades respecto de la legalidad de estancia del menor en territorio francés. Se atenta contra el derecho a la identidad del menor al no reconocerse la filiación provocando una “incertidumbre jurídica”.

En conclusión, se debe establecer un estatuto jurídico que regule y preste seguridad, previsibilidad y certidumbre a esta situación debe terminar imponiéndose como una solución necesaria de forma irrenunciable para cada Estado firmante de la Convención<sup>43</sup>.

#### **4.4.2 Regulación a nivel mundial de la gestación por sustitución. El caso de India y Estados Unidos**

A nivel global, existen muchos países y estados donde se permite la gestación por sustitución abiertamente y de forma legal. Se produce lo que se conoce con más frecuencia como el “turismo reproductivo<sup>44</sup>”, el cual acarea una serie de consecuencias o problemas:

---

<sup>42</sup> FLÓRES RODRIGUEZ, J.: “Vientres de alquiler: más cerca de su reconocimiento legal en Europa: Comentario a la STEDH de 26 de junio de 2014, recurso núm. 65192/11”, *Diario La Ley* núm. 8363, de 28 de julio de 2014, p. 1 y ss.

<sup>43</sup> FLÓRES RODRIGUEZ, J.: “Vientres de alquiler: más cerca de su reconocimiento legal en Europa”, *op. cit.*, p. 7.

<sup>44</sup> El “*turismo reproductivo*” se puede definir como el desplazamiento de un individuo o de una pareja desde su país de origen a otro país, para acceder a las técnicas de reproducción asistida. Suelen ser países donde el contratar un vientre de alquiler resulte más barato respecto a otros lugares.

- La incapacidad de los padres comitentes y del niño de volver a su país de origen ante la imposibilidad de conseguir la documentación necesaria para el menor. En los países donde se encuentra legalizada esta situación, frecuentemente considera padres a los comitentes pero no otorga la nacionalidad a los hijos de extranjeros nacidos en su territorio, por lo que se tiene que solicitar un pasaporte ante la representación consular de su país. Ante esta situación, muchos niños han quedado atascados en sus países de nacimiento como consecuencia de los contratos de gestación por sustitución.
- Por razones de orden público el país de los comitentes no reconoce la filiación registrada en el otro estado: el menor intenta viajar a su país de origen, realizándose previamente la inscripción del certificado de nacimiento extranjero, intentando que se reconozca éste en el país de origen, pero siendo denegada.

A continuación tomaremos como ejemplo India y California (EE.UU) en cuanto a la gestación por sustitución y su situación:

#### **4.4.2.1 India**

El contrato de gestación por sustitución en este país se encuentra legalizado y puede ser iniciado por cualquier pareja con problemas para la gestación por medios propios<sup>45</sup>. Se considera que en India hay 200.000 clínicas privadas que ofrecen servicios de reproducción asistida a clientes internacionales. De acuerdo con la legislación india, el conocimiento informado entre las partes es un requerimiento fundamental para la realización de gestación subrogada.

Las partes en el contrato son: la clínica, la pareja, la donante de óvulos y la madre subrogante. Las partes firman un acuerdo de subrogación y se comprometen a cumplir voluntariamente los términos del contrato de acuerdo con la Ley india. De esta forma, se transmite todos los derechos del menor a los padres comitentes ya desde el momento de la inseminación, que se alarga durante el embarazo y tras el parto<sup>46</sup>.

---

<sup>45</sup> Vid. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A. / CARRIZO AGUADO, D.: “Tratamiento legal del contrato de gestación por sustitución en el Derecho Internacional Privado español a la luz de la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014. Dime niño, ¿de quién eres...? *La Notaría*, núm. 2/2014, nota 16.

<sup>46</sup> Cuando sean parejas heterosexuales se les exige que acrediten que la pareja no pueda gestar a sus propios hijos por las razones médicas que fueran.

Sin embargo, nos encontramos ante un fenómeno que está superando todos los límites: se está creando un negocio en el que, por una parte, los padres comitentes obtienen al hijo tan deseado de una forma más económica respecto a otros países, y por otro lado, la mujer gestante recibe una importante cantidad de dinero que en su situación diaria no conseguiría. Se trata de un país caracterizado por su pobreza y en el cual, la mayoría de las veces, las madres gestantes firman este tipo de contrato como una “opción vital<sup>47</sup>”.

#### **4.4.2.2 Estados Unidos: El caso de California**

El primer caso conocido fue “*El caso de Baby M*<sup>48</sup>” para el cual el órgano judicial declaró que dicho contrato de gestación era nulo, otorgando la filiación a los padres comitentes y a la madre gestante el derecho a establecer un régimen de visitas.

Los EE.UU reconocen y da legalidad total al contrato de gestación por sustitución. El estado de California permite la gestación por sustitución, de forma altruista o no, y, además, da acceso a estas técnicas de reproducción a las parejas homosexuales. La legislación relativa a la maternidad subrogada trata de regular todas las incidencias que se puedan dar durante y tras el embarazo. A pesar de los elevados costes que supone el vientre de alquiler en los EE.UU sigue teniendo una gran demanda.

El Tribunal Superior de California establece la maternidad a favor de la madre comitente ya que es la persona que quiso tener al niño y que, por tanto, asume todas las consecuencias.

El estado de California presenta una novedad en esta materia: realizar la solicitud online a través de las páginas webs de las agencias o centros de reproducción asistida. Posteriormente, se reúnen las posibles candidatas y los padres comitentes para comenzar un proceso de selección y al finalizar este, se comenzará con el proceso de la gestación por sustitución.

---

<sup>47</sup> El término “*opción vital*” hace referencia a la necesidad en la que se encuentran muchas mujeres indias, país caracterizado por su extrema pobreza. La mayoría de las veces son mujeres provenientes de zonas rurales empobrecidas que se someten a esta práctica de forma voluntaria para prometer un mejor futuro a sus propios hijos y poder alimentarlos (la mujer gestante no puede ser madre primeriza). A pesar de ser un acto “voluntario”, estas mujeres se encuentran sometidas bajo la presión de esa necesidad de supervivencia de su propia familia.

<sup>48</sup> El primer caso de gestación por sustitución en los Estados Unidos se producía en 1986 en Nueva Jersey con el nacimiento de Melissa Stern, cuya madre biológica negó el cederles la custodia a los padres comitentes y acabando el asunto ante los tribunales de dicho estado.

Para dar reconocimiento a la filiación del menor es necesario recurrir a la sección 7630 (f) del Código de Familia californiano e instar un procedimiento judicial para confirmar así los derechos parentales y establecer la filiación del menor respecto a sus padres comitentes a partir de una sentencia que declare dicha inscripción.

En conclusión, existen diferencias enormes en otras legislaciones frente a nuestra normativa española. Desde la prohibición total de esta práctica, hasta la negativa a pronunciarse o la aceptación totalmente abierta tanto jurídicamente como socialmente.

A continuación analizaremos brevemente la situación de España y de Europa respecto a los permisos de maternidad y paternidad cuando se firma un contrato de gestación por sustitución con la ayuda de jurisprudencia relacionada con el tema.

## **4.5 LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN Y LOS PERMISOS DE MATERNIDAD**

### **4.5.1 Propuesta de prestación social por maternidad: análisis de la normativa española vigente y algunas decisiones judiciales**

#### ***4.5.1.1 Análisis de la normativa española***

En el ámbito español del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social no se reconoce el derecho a la prestación y el permiso de maternidad por la gestación por sustitución ya que esta es una práctica prohibida dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

La situación de filiación generada por la maternidad subrogada no se encuentra recogida ni en el art. 48 del ET, ni el art. 113 bis de la LGSS, ni tampoco en el RD 295/2009<sup>49</sup>, por el que se regula en nuestro ordenamiento jurídico las prestaciones económicas por maternidad y paternidad y ninguna de ellas hace referencia a esta modalidad.

Los requisitos<sup>50</sup> para el acceso a la prestación por maternidad son los siguientes:

- Encontrarse en alta o situación asimilada al alta

---

<sup>49</sup> Hace referencia al RD 295/2009, de 6 de marzo de 2009, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural (*BOE*, núm. 69, de 21 de marzo de 2009).

<sup>50</sup> Véase el art. 133 bis y el art. 133 ter del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio de 1994, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (*BOE*, núm. 154, de 29 de junio de 1994).

- Reunir un periodo mínimo de cotización
- Haber acaecido una de las tres situaciones protegidas, es decir, la maternidad, la adopción o el acogimiento (simple o permanente)

Nos encontramos ante un vacío legal puesto que el legislador simplemente usa la palabra “maternidad”, sin especificación mayor si se trata de una maternidad biológica o si se puede englobar dentro del término “maternidad” la maternidad subrogada. Nuestros jueces y tribunales consideran que se ha de añadir ésta al supuesto de “maternidad”, sea contratada dicha gestación por una pareja homosexual, heterosexual o por un sujeto solitario.

Se necesita la misma atención inicial para el cuidado de los recién nacidos sean adoptados, acogidos o nacidos de forma natural o a través de un vientre de alquiler: requieren los mismos cuidados y satisfacer las equivalentes necesidades.

A continuación se hará un análisis jurisprudencial relativo a la maternidad subrogada y los permisos de maternidad ya que, a pesar de su prohibición en España, algunos legisladores ya han concedido este derecho a los padres comitentes.

***4.5.1.2 Análisis jurisprudencial de la SJS núm.2 de Oviedo, de 9 de abril de 2012 y la STSJ de Asturias (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 20 de septiembre de 2012***

La actora prestaba servicios para el SESPA con categoría profesional de Técnico especialista de laboratorio. El 13 de julio de 2011 se dicta Resolución por el Tribunal Superior de California donde es declarada madre legal y natural del niño nacido entre el 2 de junio y 5 de octubre de 2011, además de declarar que la custodia legal y fiscal del menor corresponde a la actora y su pareja. Se expidió el certificado de nacimiento y se registró a la pareja de la actora como padre biológico del niño en el Registro Civil consular de Los Ángeles.

A fecha de 1 de septiembre de 2011 la actora solicita que se le proporcione el certificado de empresa para solicitar el permiso de maternidad a disfrutar desde el 1 de septiembre al 22 de diciembre de 2011. Esta solicitud le es denegada por Resolución de septiembre basándose en que solo cabe permiso de maternidad en los casos de parto, adopción o acogimiento. La parte actora presenta recurso de alzada contra la empresa y reclamación previa ante el INSS, pero ambas desestimaron la pretensión.

El RD 295/2009, de 6 de marzo de 2009, establece en su art. 14.2 los documentos que deben acompañar a la solicitud son, en caso de maternidad, el informe de maternidad expedido por el Servicio Público de Salud que atendió a la mujer embarazada donde conste la fecha probable del parto y la fecha definitiva del parto, y para la adopción o acogimiento, la resolución judicial por la que se constituye la adopción o resolución administrativa o judicial por la que se concede el acogimiento familiar y la certificación de la empresa o Administración Pública donde conste la fecha de inicio de la suspensión laboral o del permiso, respectivamente. Este último documento nombrado no fue expedido por la empresa y es en esa falta en la que fundan los demandados y el Ministerio Fiscal la incompetencia de la jurisdicción social.

El problema planteado en esta sentencia es si la gestación por sustitución, cuya filiación queda perfectamente acreditada mediante certificación registral extranjera, habilita en España para el nacimiento de la prestación por maternidad<sup>51</sup>. Se trata por tanto de aclarar si la gestación por sustitución da derecho a la madre legal a disfrutar del permiso de maternidad, o si, por el contrario, sólo cabe permiso por maternidad en los casos de parto, acogimiento y adopción<sup>52</sup>.

En el art. 14.4º d) del antes nombrado RD, el documento en cuestión no sirve para reconocerle el derecho a la trabajadora al permiso por maternidad, sino que sirve exclusivamente para determinar la fecha de inicio del permiso. Por lo tanto, su falta carece de relevancia y lo que se busca es conseguir el derecho al permiso y no la determinación de la fecha de disfrute.

El caso de la actora es equiparable a los demás porque existe un hecho claro que es la maternidad, que fue declarada en la sentencia americana e inscrita en el Registro Civil español y, a pesar de que la maternidad subrogada no se encuentre legalizada en España<sup>53</sup>, no es motivo para que no se le reconozca a la madre el subsidio. En otras situaciones ilegales o también prohibidas, existe la protección del sistema para los

---

<sup>51</sup> HIERRO HIERRO, F. J.: “Gestación por sustitución y prestación por maternidad”, *Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 6. Universidad de Extremadura. Pamplona 2012.

<sup>52</sup> BERROCAL JAIME, A.: “La tutela judicial de las prestaciones por maternidad y riesgo durante el embarazo”, *Serie laboral*, núm. 293, Editorial Bosch, Barcelona 2003, p. 8.

<sup>53</sup> *Cfr.* DESDENTADO DAROCA, E.: “Pensión de viudedad y poligamia: un problema sin resolver y una propuesta de la solución”, *TS*, núm. 228 (2009), pp. 22 y ss.

afectados, como es el caso de la pensión de viudedad de la esposa de un causante de nacionalidad extranjera, natural de un país que reconoce la poligamia<sup>54</sup>.

El Tribunal Constitucional recoge la doctrina del TEDH en relación el art. 14 del Convenio Europeo, declara que el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en este artículo, sino tan sólo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, careciendo de una justificación objetiva y razonable para ello.

El hecho de equiparar la maternidad<sup>55</sup> subrogada a otras situaciones protegidas por el derecho español y que ésta no se trate de manera igualitaria supone una vulneración al principio de igualdad puesto que la diferente naturaleza de las instituciones no justifica la denegación del subsidio, lo que implica la estimación de la demanda, condenando a la empresa en cuanto empleador a cumplir con los requisitos formales necesarios para determinar la fecha de inicio.

En la STSJ de Asturias (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 20 de septiembre de 2012 se presenta el recurso de suplicación impuesto por el INSS mediante dos motivos de censura jurídica:

- En primer lugar, se denuncia la infracción del art. 6.3 y 6.4 del CC, en relación con el art. 10, apartados 1 y 2, de la LTRHA. La parte recurrente argumenta que el contrato de gestación por sustitución es totalmente nulo y fraudulento y el hecho de que se permita la inscripción de la filiación del menor no puede crear efectos constitutivos para una situación nula de pleno derecho.
- En segundo lugar, se añade que la resolución recurrida infringe el art. 133 de la LGSS ya que establece como situaciones protegidas por maternidad, la maternidad natural, la adopción y el acogimiento, tanto preadoptivo, como permanente o simple

---

<sup>54</sup> El art. 2 del RD 295/2009 considera jurídicamente equiparables a las figuras de la adopción y acogimiento preadoptivo, simple o permanente, a aquellas instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras cuya finalidad u efectos jurídicos sean los previstos en aquéllas, cualquiera que sea su denominación, lo habría de ser empleado también para los supuestos de filiación.

<sup>55</sup> CORERA IZU, M.: “Abandonados, apátridas y sin padres”, *Diario La Ley*, núm. 8345, 2014, p.15.

La cuestión a debatir es si la gestación por sustitución da derecho a la madre legal a disfrutar del permiso de maternidad. En este caso no se trata de determinar la filiación del menor nacido en California, sino si cabe el reconocimiento de los efectos jurídicos que de tal situación se derivan en España en el contexto de las prestaciones de Seguridad Social.

Además, se puede aplicar lo dispuesto por la DGRN en la Resolución de 18 de febrero de 2009 pues la actora no ha incurrido en un fraude de Ley ya que han situado la cuestión de la determinación de la filiación en manos de las autoridades californianas con el fin de eludir la Ley imperativa española. Esto se vincula con el interés superior del menor<sup>56</sup>, de forma que dicho interés se impone sobre cualquier otra consideración en juego, tal y como podría ser la represión de movimientos presuntamente fraudulentos. El interés superior del menor exige la continuidad espacial de la filiación y la coherencia internacional de la misma, así como un respeto ineludible del derecho a la identidad única de los menores que prevalece, en todo caso, sobre otras consideraciones.

Por su parte, el RD 295/2009<sup>57</sup> en su art. 2.2 recoge que “se consideran jurídicamente equiparables a la adopción y acogimiento preadoptivo, permanente o simple, aquellas instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras, cuya finalidad y efectos jurídicos sean los previstos para la adopción y el acogimiento preadoptivo, permanente o simple, cuya duración no sea inferior a un año, cualquiera que sea su denominación”.

En cuanto a la solución afirmativa de la sentencia recurrida y a su fundamentación:

En primer lugar, el art. 39 de la CE prevé que los poderes públicos asegurarán la protección social, económica y jurídica de la familia y la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la Ley con independencia de su filiación, lo que, además, se conecta con el art. 14 de esta misma Ley.

---

<sup>56</sup> Véase el art. 3 sobre la Convención de los derechos del niño, hecha en Nueva York el 20 de noviembre de 1989.

<sup>57</sup> El RD 295/2009, de 6 de marzo de 2009, que desarrolla reglamentariamente la LO 3/2007, de 22 de marzo de 2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, ha llevado a cabo una notable intensificación y ampliación de la acción protectora de la Seguridad Social.

En segundo lugar, el permiso de maternidad trata de dar cobertura específica y protección adecuada al hijo nacido. La atención o cuidado del menor y el estrechamiento de los lazos parentales con el mismo es lo prioritario y fundamental<sup>58</sup>, atribuyendo así el legislador no solo este derecho a la madre sino también al padre.

En tercer y último lugar, la interpretación del art. 2 del RD 295/2009 concluye que los supuestos de filiación están también amparados en la norma. Concurren en el supuesto examinado los requisitos previstos legalmente para el reconocimiento del derecho al descanso por maternidad y el percibo de la prestación correspondiente.

Se desestima el recurso de suplicación interpuesto por el INSS contra la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Oviedo y se confirma la resolución impugnada.

A pesar de encontrarse esta práctica prohibida en nuestro país y no incluirse el supuesto de maternidad subrogada para el derecho al permiso de maternidad, nuestros legisladores conceden dicho derecho interpretando las normas de una forma muy generosa y, teniendo siempre y primordialmente en cuenta, el interés superior del menor y el estrechamiento de los lazos con sus padres legales.

#### **4.5.2 Propuesta de prestación social por maternidad: análisis de la normativa de la Unión Europea vigente y algunas decisiones judiciales**

##### ***4.5.2.1 Análisis de la normativa europea***

Las distintas Directivas dictadas por la Unión Europea que tratan a las mujeres embarazadas sólo prevean ciertas exigencias mínimas en materia de protección, los Estados miembros tienen libertad para aplicar reglas más favorables en beneficio de las madres subrogantes.

A continuación analizaremos normativa europea que puede servirnos para interpretar la decisión de algunos legisladores y, por último, comentaremos de forma breve dos sentencias del TJUE sobre los permisos de maternidad en el caso del nacimiento del menor a través de un contrato de gestación por sustitución.

---

<sup>58</sup> En la *Sentencia del Juzgado de 1ª instancia, núm. 15, de Valencia, de 15 de septiembre de 2010*, resolviendo recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 2289/2009, el Tribunal reconoció la prestación de maternidad cuando la menor adoptada ya se encontraba incorporada e integrada en la unidad familiar con anterioridad al inicio del periodo de descanso por maternidad conviviendo ya con la adoptante. Argumenta que la finalidad de la integración del adoptado en su nueva familia y en su nueva situación no se produce por el mero hecho de la convivencia con el adoptante con anterioridad a la adopción, sino que es a partir de la resolución judicial que la constituye cuando se establece la situación de hijo del adoptante y cuando pasa a integrarse en la nueva familia (RJ 2010/7428).

❖ *Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006 en Nueva York*

El propósito de esta Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente.

Según el art. 1, las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

Además, se establece que los Estados Partes celebrarán consultas estrechas y colaborarán activamente con las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas con discapacidad.

En su art. 6, titulado “Mujeres con discapacidad”, se reconoce que las mujeres y niñas con discapacidad se encuentran con múltiples discriminaciones y, por ello, se adoptarán medidas para que disfruten y en igualdad de condiciones de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.

Interpretando dicha Convención sobre las personas con discapacidad, se plantea si se considera una discapacidad el que una mujer no pueda gestar y dar a luz a su hijo por alguna anomalía. La discapacidad puede constituir una limitación derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas a largo plazo. El hecho de que una mujer no pueda gestar por sí misma puede ser causa de grave sufrimiento para ella.

❖ *Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992*<sup>59</sup>

La siguiente Directiva define tres conceptos claves para esta investigación:

Trabajadora embarazada: cualquier trabajadora embarazada que comunique su estado al empresario, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales.

---

<sup>59</sup> Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (Décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE) (DOCE L 348, p.1).

Trabajadora que ha dado a luz: cualquier trabajadora que haya dado a luz en el sentido de las legislaciones y/o prácticas nacionales, que comunique su estado al empresario, con arreglo a dichas legislaciones y/o prácticas nacionales.

Trabajadora en período de lactancia: cualquier trabajadora en período de lactancia en el sentido de las legislaciones y/o prácticas nacionales, que comunique su estado al empresario, con arreglo a dichas legislaciones y/o prácticas nacionales.

En su art. 8, denominado “Permiso de maternidad”, se prevé que las trabajadoras arriba mencionadas disfruten del derecho a como mínimo 14 semanas ininterrumpidas antes y/o después del parto según las legislaciones o prácticas nacionales.

Requiere para la concesión del permiso por maternidad que la mujer trabajadora haya estado embarazada y haya dado a luz. Una madre subrogante que haya tenido un hijo gracias por esta vía no entraría en el ámbito de aplicación. Pero los Estados miembros tienen la libertad de aplicar reglas más favorables a favor de las madres subrogantes.

❖ *Directiva 2006/54 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006*<sup>60</sup>

El objetivo de la mencionada Directiva es garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

Define los conceptos de discriminación directa e indirecta<sup>61</sup> por los que se entenderá:

- Discriminación directa: la situación en que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada por razón de sexo de manera menos favorable que otra en situación comparable.
- Discriminación indirecta: la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una

---

<sup>60</sup> Directiva 2006/54 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades y e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (*DOCE* L204, p. 23).

<sup>61</sup> Véase el art. 2 de la Directiva 2006/54.

finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios.

En el concepto de discriminación se incluye el trato menos favorable a una mujer en relación con el embarazo o el permiso por maternidad.

❖ *Directiva 2000/78/CE del consejo, de 27 de noviembre de 2000*<sup>62</sup>

Su objeto es establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato<sup>63</sup>.

Según el art. 2, se entenderá por principio de igualdad de trato la ausencia de toda discriminación directa o indirecta basada en cualquiera de los motivos mencionados antes. Incluye la definición nuevamente de discriminación directa e indirecta.

El conflicto se plantea ante el hecho de si negar un permiso retribuido equivalente al permiso de maternidad o al permiso por adopción a una trabajadora, en su calidad de madre subrogante, constituye una discriminación basada en el sexo o no.

A continuación comentaremos de forma breve dos sentencias similares del TJUE sobre el derecho al permiso de maternidad en el caso de maternidad subrogada.

***4.5.2.2. Análisis jurisprudencial de la STJUE (Gran Sala), de 18 de marzo de 2014, Asunto C-363/12 y la STJUE (Gran Sala), de 18 de marzo de 2014, Asunto C- 167/12***<sup>64</sup>

Se trata de dos mujeres, la Sra. D (Asunto C-167/12), empleada en un hospital del Reino Unido, y la Sra. Z (Asunto C-363/12), profesora que trabaja en Irlanda, las cuales recurrieron a madres contratos de gestación por sustitución para tener un hijo.

Por un lado, la Sra. D concluyó un convenio de gestación conforme al Derecho británico, siendo el hijo concebido a partir del espermatozoides de su pareja y del óvulo de otra

---

<sup>62</sup> Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (DOUE L 303, p. 16).

<sup>63</sup> Véase el art. 1 de la presente Directiva.

<sup>64</sup> COMUNICADO DE PRENSA n° 36/14, Tribunal de Justicia de la Unión Europea., de 18 de marzo de 2014, Luxemburgo. Sentencias en los Asuntos C-167/12 C.D. / S.T. y C-363/12 Z./ Government Department and the Board of Management of a Community School.

mujer. Tras el nacimiento del niño, un tribunal británico atribuyó la patria potestad plena y permanente del niño a la actora y a su pareja.

Por otro lado, la Sra. Z sufre una afección rara por la cual, a pesar de que sus ovarios estén sanos y sea fértil, carece de útero. Al no poder gestar un hijo, la actora y su marido tuvieron un hijo gracias a una madre gestante en California. Desde el punto de vista genético el niño nació de la pareja y en su certificado de nacimiento no se nombra a la madre gestante. Según el Derecho californiano, la Sra. Z y su marido son los padres legales del menor.

Ambas solicitaron un permiso retribuido equivalente a un permiso de maternidad o de adopción. Esas solicitudes fueron denegadas ya que las actoras nunca estuvieron embarazadas y los niños no fueron adoptados por los padres.

Los tribunales nacionales tratan de saber si esa denegación es contraria a la Directiva 92/85/CEE sobre las trabajadoras embarazadas o si constituye una discriminación por motivo del sexo (Directiva 2006/54/CE) o de la discapacidad (Directiva 2000/78/CE).

El Tribunal de Justicia declara que el Derecho de la Unión no prevé a favor de las madres subrogantes un derecho a un permiso retribuido equivalente a un permiso de maternidad o a un permiso por adopción.

Refiriéndonos a la Directiva 92/85/CEE en la disposición relativa al permiso de maternidad se refiere expresamente al parto, y tiene la finalidad de proteger la salud de la madre durante la específica situación de vulnerabilidad derivada de su embarazo. La atribución de un permiso de maternidad con fundamento en la Directiva requiere que la trabajadora que se beneficie de él haya estado embarazada y haya dado a luz al niño. Por tanto, la madre que ha tenido un hijo gracias a un convenio de gestación por sustitución no entra en el ámbito de aplicación de la Directiva.

En cuanto a la Directiva 2006/54/CE, el Tribunal de Justicia observa que la denegación de un permiso de maternidad a una madre subrogante no constituye una discriminación basada en el sexo porque un padre que sea parte en un convenio de gestación por sustitución tampoco tiene derecho a un permiso de esa clase, y la denegación no perjudica especialmente a las trabajadoras en comparación con los trabajadores. El hecho de denegar un permiso retribuido equivalente a un permiso por adopción a una madre subrogante no entra en el ámbito de aplicación de la Directiva

sobre la igualdad de trato. Ésta reconoce la libertad de los Estados miembros para conceder o no un permiso de adopción.

Finalmente, respecto a la Directiva 2000/78/CE, que prohíbe toda discriminación por motivo de discapacidad en el ámbito del empleo y de la ocupación, el Tribunal de Justicia considera indiscutible que la imposibilidad para una mujer de gestar un hijo puede ser causa de grave sufrimiento para ella. Sin embargo, el concepto de “discapacidad” en el sentido de la Directiva supone que la limitación que aqueja a la persona, al interactuar con diversas barreras, puede impedir su participación plena y efectiva en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores. La incapacidad para gestar a un hijo de forma natural no constituye, en un principio, un impedimento para que la madre subrogante acceda a un empleo, lo ejerza o progrese en él.

Por lo tanto, el Tribunal de Justicia no considera que la incapacidad para tener un hijo constituya una “discapacidad”, por lo cual la Directiva 2000/78 no es aplicable en una situación como la del asunto que aquí nos ocupa y se deniegan los permisos de maternidad correspondientes.

## **5. CONCLUSIONES**

De los distintos aspectos que el presente trabajo analiza pueden observarse las siguientes conclusiones:

**Primera.** - La normativa española prohíbe de forma expresa la maternidad subrogada, obligando a los ciudadanos españoles a satisfacer su deseo de ser padres fuera de España en países donde esta práctica se encuentra legalizada. El problema se plantea cuando los progenitores deciden volver al país de origen con el menor y su correspondiente inscripción en el Registro Civil.

Tras realizar este trabajo y leer todo tipo de argumentos tanto a favor como en contra de la gestación por sustitución, se ha llegado a la conclusión que nuestro ordenamiento jurídico necesita una reforma: se debería ampliar y reformar la regulación de la Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida donde se prevé en el art. 10.1 que se considerará nulo de pleno derecho el contrato de gestación por sustitución y en su art. 10.2 que la filiación quedará determinada por el parto. Estos dos artículos deberían ser modificados de inmediato para evitar procesos dolorosos tanto para los menores como para sus padres ante la negativa de la inscripción en el Registro Civil.

**Segundo.** - La *Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009* permitió un avance al reconocer la filiación de los hijos, tomando el interés superior del menor como objetivo principal y considerando que la prohibición a dicha práctica podría suponer discriminación para las parejas del mismo sexo. Sin embargo con la aprobación de la *Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010* se retrocedió al denegarse la inscripción de los menores en el Registro Civil, lo que supuso a nuestro entender, una vulneración del interés superior del menor y los derechos de la mujer gestante.

La respuesta positiva dada por la *Resolución de la DGRN del 2009* fue recurrida ante los órganos jurisdiccionales dando lugar a la polémica *STS, de 6 de febrero de 2014*. En este fallo el Alto Tribunal mantiene, por cinco votos a favor y cuatro votos particulares en contra, una tesis restrictiva al reconocimiento de la filiación de los niños mellizos nacidos en California de un contrato de gestación por sustitución.

**Tercero.** - La gestación por sustitución se debería equiparar para producir efectos en España a la adopción internacional, así los demandantes se encontrarían más

controlados y se evitaría que muchos menores acabaran siendo objeto del tráfico de seres humanos u objeto de un simple negocio mercantil. Por el momento, este tema está siendo objeto de discusión tanto a nivel internacional como a nivel de la Unión Europea. Se debería plantear una normativa mínima a cumplir para todos los países y evitar así conflictos como los suscitados y resueltos en las dos *STEDH*, de 26 de junio de 2014. En estos casos ha sido necesaria la intervención del Tribunal Europeo de Derechos Humanos por la negativa de Francia a conceder la filiación a un matrimonio y a una pareja que cumplieran su deseo de la maternidad a través de un contrato de gestación por sustitución.

**Cuarto.** - Haciendo referencia a las prestaciones sociales en los supuestos de maternidad subrogada, los Tribunales españoles ya están concediendo este tipo de permisos en los casos de gestación por sustitución como hemos visto en las sentencias analizadas a lo largo de la investigación. Esta situación se ha dado porque los jueces han considerado que, según el art. 48 del ET, el descanso por maternidad debe ser otorgado a los padres comitentes aunque no se trate de una maternidad biológica y al acreditarse la filiación del menor ante el Registro Civil. Se entiende que para procurar la atención del menor se debe conceder el permiso por maternidad y se respalda dicha idea al no considerarse tampoco una maternidad biológica la adopción o el acogimiento del niño.

**Quinta.** – En cuanto a las resoluciones judiciales, ya se dispone de fallos a nivel europeo y nacional. Las sentencias dictadas por el TJUE contienen una actitud conservadora al denegarse el permiso de maternidad a la Sra. D (*Asunto C-167/12*) y a la Sra. Z (*Asunto C-363/12*) por el hecho de no haber estado embarazadas y que los niños no fueran adoptados por ellas y sus parejas. A diferencia de ello, a pesar de su clara prohibición en España, en las *SJS de Oviedo*, de 9 de abril de 2012 y la *STSJ de Asturias*, de 20 de septiembre de 2012, se conceden el permiso de maternidad y su correspondiente retribución. España se presenta con una línea más flexible a la hora de equiparar la maternidad subrogada a los demás supuestos incluidos.

De esta forma, el juez es el encargado de declarar que obviamente hay derecho a una prestación puesto que no se trata de discutir la legalidad de la gestación por sustitución, sino que unas personas con una filiación determinada pretenden conseguir su derecho a una prestación por paternidad o maternidad, equiparable a los demás supuestos incluidos en el art. 133 de la LGSS. En todo caso, no se debería permitir que sean los propios servicios públicos los que, tras haber concedido el juez el derecho al

permiso y subsidio por maternidad, pretendan recurrir e ir en contra de dichas resoluciones

**Sexto.** - Para concluir, desde nuestra perspectiva, ante una institución no reconocida por parte del ordenamiento español y cuyo régimen jurídico, no se puede seguir permitiendo que matrimonios, parejas, del mismo sexo o distinto, o un individuo sólo que no pueden disfrutar de la maternidad/paternidad de forma natural tengan que sufrir estas largas esperas con juicios y sentencias de por medio para conseguir dos cosas: la determinación de la filiación de sus hijos y el derecho al disfrute del permiso de maternidad/paternidad.

## **6. ABREVIATURAS**

Art.: Artículo

CC: Código Civil

CE: Constitución Española

CEDH: Convenio Europeo de los Derechos Humanos

CP: Código Penal

DGRN: Dirección General del Registro y del Notariado

ET: Estatuto de los Trabajadores

FIV: Fecundación in vitro

INSS: Instituto Nacional de Seguridad Social

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil

LGSS: Ley General de la Seguridad Social

LO: Ley Orgánica

LTRHA: Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida

RRC: Reglamento del Registro Civil

SJS: Sentencia del Juzgado de lo Social

STJUE: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

STEDH: Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

STSJ: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia

TEDH: Tribunal Europeo de los Derechos Humanos

TRA: Técnicas de Reproducción Asistida

## **7. BIBLIOGRAFÍA**

- ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A. / CARRIZO AGUADO, D.: “Tratamiento legal del contrato de gestación por sustitución en el Derecho Internacional Privado español a la luz de la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014. Dime niño, ¿de quién eres...?, *La Notaría*, núm. 2/2014.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “Hijos “made in” California”, *Aranzadi Civil*, núm. 3/2009 (Tribuna), 2009, pp. 2117-2119.
- BERROCAL JAIME, A.: *La tutela judicial de las prestaciones por maternidad y riesgo durante el embarazo*, Editorial Bosch, Barcelona, 2003.
- BRUNET L. (Lead); CARRUTHERS J.; DAVAKI K.; KIN D.; MARZO C.; MCCANDLESS J., 2012, “El régimen de subrogación en los Estados Miembros de la UE”, Dirección General de Políticas Interiores, Parlamento Europeo. Disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/studies>
- CALVO CARAVACA, A-L. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: Consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 1, núm. 2, pp. 294-319.
- CERDÁ SUBIRACHS, J., “La insostenible legalización de facto de la maternidad subrogada en España. A propósito de la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la DGRN”, *Abogados de Familia*, Editorial La Ley, núm. 60, Sección Tribuna Abierta, Segundo trimestre de 2011.
- COMUNICADO DE PRENSA nº 36/14, Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Luxemburgo, 18 de marzo de 2014. Sentencias en los Asuntos C-167/12 C.D./ S.T. y C-363/12 Z./ Government Department and the Board of Management of a Community School.
- CORERA IZU, M.: “Abandonados, apátridas y sin padres”, *Diario La Ley*, núm. 8345, 2014.
- DE TORRES PEREA, J.M.: “Comentario de la STS de 6 de febrero de 2014 sobre maternidad por sustitución desde la perspectiva del interés del menor”, *Diario La Ley*, núm. 8281, Sección Doctrina, 2014.
- DESDENTADO DAROCA, E.: “Pensión de viudedad y poligamia: un problema sin resolver y una propuesta de la solución”, *Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral*, núm. 228, 2009, pp. 22-27.
- FARNÓS AMORÓS, E.: “Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California. Cuestiones que plantea la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, 2010.
- FLÓRES RODRÍGUEZ, J.: “Vientres de alquiler: más cerca de su reconocimiento legal en Europa”, *Derecho de familia*, Editorial La Ley, núm. 8363, Sección Tribuna, de 28 de julio de 2014.

- GODOY VÁZQUEZ, M. O., “La prohibición legal de la gestación por sustitución como límite al ejercicio del derecho a la procreación en el ordenamiento jurídico español”. En: PÉREZ MIRAS, A., TERUEL LOZANO, G. M., CARLO RAFFIOTTA, E., *Desafíos para los derechos de la persona ante el siglo XXI: Vida y Ciencia*, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2013.
- HIERRO HIERRO, F. J.: “Gestación por sustitución y prestación de maternidad”. *Doctrinal Aranzadi Social*, Vol. 5, núm. 6, 2012, pp. 53-59 2012.
- LAMM, E.: “Gestación por sustitución. Realidad y Derecho”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3, 2012.
- MUÑOZ CONDE F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 19ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- PARRÓN CAMBERO, M.J.: “Ventre de alquiler: *mater semper certa est, pater semper incertus est*”, *Diario La Ley*, núm. 8269, Sección Tribuna, 2014.
- PÉREZ MIRAS, A., TERUEL LOZANO, G.M. y CARLO RAFFIOTTA, E.: *Desafíos para los derechos de la persona ante el siglo XXI: Vida y Ciencia; Sfide per i dirittidella persona nel XXI secolo: Vita e Scienza; Challenges of individual rights in the XXI century: Life and Science*, Thomson Reuters Aranzadi, Primera Edición 2013, pp. 178-188.
- RUBIO TORRANO, E.: “Inscripción como hijos de un matrimonio de varones nacidos mediante la gestación por sustitución”, *Aranzadi Civil: Revista Doctrinal*, núm. 9, 2011, pp. 11-14.
- VELA SÁNCHEZ, A. J.: “Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución no pueden ser inscritos en el Registro civil español: a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014”, *Diario La Ley*, núm. 8279, de 26 de marzo de 2014, p. 1-6.
- VELA SÁNCHEZ, A.J, “Gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler”, *Diario La Ley*, nº 7608, Sección Doctrina, 2011.

## **ANEXO LEGISLATIVO:**

### **Normativa internacional:**

- Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 (*BOE*, núm. 243, de 10 de octubre de 1979).
- Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006 en Nueva York (*BOE*, núm. 96, de 21 de abril de 2008).
- Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea de las Naciones Unidas el 20 de Noviembre de 1989. Instrumento de ratificación del 30 de noviembre de 1990 (*BOE*, núm. 313, de 31 de diciembre de 1990).
- Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993 (*BOE*, núm. 182, de 1 de agosto de 1995).

**Normativa de la Unión Europea:**

Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (*DOCE L 303*).

Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (Décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE) (*DOCE L 348*).

Directiva 2004/23/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, relativa al establecimiento de normas de calidad y de seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos (*DOUE L 102/48*, 7 de abril de 2004).

Directiva 2006/54 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades y e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (*DO L204*).

Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (*DOUE 2010/C 83/02*).

**Normativa nacional:**

Real Decreto de 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil (*BOE*, núm. 206, de 25 de julio de 1889).

Decreto de 14 de noviembre de 1958, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación de la Ley del Registro Civil (*BOE*, núm. 296, de 11 de diciembre de 1958).

Constitución Española de 1978 (*BOE*, núm. 311, de 29 de diciembre de 1978).

Ley 35/1988, de 22 de noviembre de 1988, sobre Técnicas de Reproducción Asistida (*BOE*, núm. 282, de 24 de noviembre de 1988). Esta Ley ha sido modificada por: en primer lugar por la Ley 45/2003, de 21 de noviembre de 2003, sobre Técnicas de Reproducción Asistida (*BOE*, núm. 280, de 22 de noviembre de 2003); y en segundo lugar por la Ley 14/2006, de 26 de mayo de 2006, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (*BOE*, núm. 126, de 27 de mayo de 2006).

Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio de 1994, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (*BOE*, núm. 154, de 29 de junio de 1994).

Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo de 1995, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (*BOE*, núm. 75, de 29 de marzo de 1995).

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre de 1995, del Código Penal (*BOE*, núm. 281, de 24 de noviembre de 1995).

- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de 1996, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (*BOE*, núm. 15, de 17 de enero de 1996).
- Ley 1/2000, de 7 de enero de 2000, de Enjuiciamiento Civil (*BOE*, núm. 7, de 8 de enero de 2000).
- Ley 13/2005, de 1 de julio de 2005, por la que se modifica el CC en materia de derecho a contraer matrimonio (*BOE*, núm. 157, de 2 de julio de 2005).
- Ley 3/2007, de 15 de marzo de 2007, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas (*BOE*, núm. 65, de 16 marzo de 2007).
- Ley 54/2007, de 28 de diciembre de 2007, de Adopción Internacional (*BOE*, núm. 312, de 29 de diciembre de 2007).
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009. Disponible en:  
[http://www.migrarconderechos.es/jurisprudenceMastertable/jurisprudencia/Res\\_D GRN\\_18\\_02\\_2009](http://www.migrarconderechos.es/jurisprudenceMastertable/jurisprudencia/Res_D GRN_18_02_2009)
- Real Decreto 295/2009 de 6 de marzo de 2009, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural (*BOE*, núm. 69, de 21 de marzo de 2009).
- Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución (*BOE*, núm. 243, de 7 de octubre de 2010).
- Ley 20/2011, de 21 de julio de 2011, del Registro Civil (*BOE*, núm. 175, de 22 de julio de 2011).

### **ANEXO JURISPRUDENCIAL:**

#### **STEDH:**

- STEDH de 5 de noviembre de 2002. Yousef contra los Países Bajos.
- STEDH de 10 de enero de 2008. Kearns contra Francia,
- STEDH de 7 de marzo de 2013. Raw y otros contra Francia.
- STEDH, de 26 de junio de 2014, caso Mennesson, recurso núm. 65192/11. Disponible en:  
[http://www.migrarconderechos.es/jurisprudenceMastertable/jurisprudencia/STEDH\\_26\\_06\\_2014](http://www.migrarconderechos.es/jurisprudenceMastertable/jurisprudencia/STEDH_26_06_2014)
- STEDH, de 26 de junio de 2014 caso Labassee, recurso núm. 65941/11. Disponible en:  
[http://www.migrarconderechos.es/jurisprudenceMastertable/jurisprudencia/STEDH\\_26\\_06\\_2014](http://www.migrarconderechos.es/jurisprudenceMastertable/jurisprudencia/STEDH_26_06_2014)

#### **STJUE:**

- STJUE (Gran Sala), de 18 de marzo de 2014, Asunto C-363/12. Disponible en:  
<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=149388&mode=lst&pageIndex=1&dir=&occ=first&part=1&text=&doclang=ES&cid=371249>

STJUE (Gran Sala), de 18 de marzo de 2014, Asunto C- 167/12. Disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=149387&mode=lst&pageIndex=1&dir=&occ=first&part=1&text=&doclang=ES&cid=370901>

**Sentencias de los Juzgados, Audiencias, Tribunales Superiores de Justicia y Tribunal Supremo:**

SJ 1ª Instancia núm. 15, de Valencia, de 15 de septiembre de 2010. Disponible en: <http://pendientedemigracion.ucm.es/centros/cont/descargas/documento23064.pdf>

SAP Valencia, Sección 10ª, de 23 de noviembre de 2011. Disponible en: [http://www.migrarconderechos.es/jurisprudencemastertable/jurisprudencia/SAP\\_Valencia\\_23\\_11\\_2011](http://www.migrarconderechos.es/jurisprudencemastertable/jurisprudencia/SAP_Valencia_23_11_2011)

SJS núm. 2 de Oviedo, de 9 de abril de 2012. Disponible en: <http://www.vientredealquiler.com/index.php/glosario/565-derecho-al-permiso-de-maternidad-y-al-cobro-de-la-prestacion-correspondiente-a-una-mujer-que-recurre-a-un-ventre-de-alquiler-en-eeuu>

STSJ Asturias (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 20 de septiembre de 2012. Disponible en: [http://www.migrarconderechos.es/jurisprudencemastertable/jurisprudencia/STSJ\\_Asturias\\_20\\_09\\_2012](http://www.migrarconderechos.es/jurisprudencemastertable/jurisprudencia/STSJ_Asturias_20_09_2012)

STSJ Madrid, de 18 de octubre de 2012. Recurso núm. 668/2012. Disponible en: <http://portaljuridico.lexnova.es/jurisprudencia/JURIDICO/154476/sentencia-ts-j-madrid-668-2012-de-18-de-octubre-prestacion-por-maternidad-pareja-homosexual-y->

STSJ Madrid, de 13 de marzo de 2013. Recurso núm. 216/2013. Disponible en: <http://portaljuridico.lexnova.es/jurisprudencia/JURIDICO/216370/sentencia-ts-j-madrid-216-2013-de-13-de-marzo-prestacion-de-paternidad-gestacion-por-sustitucion>

STS (Sala de lo Civil) de 6 de febrero de 2014. Recurso núm. 835/2013. Disponible en: [http://www.migrarconderechos.es/jurisprudencemastertable/jurisprudencia/STS\\_06\\_02\\_2014](http://www.migrarconderechos.es/jurisprudencemastertable/jurisprudencia/STS_06_02_2014)

**Decisiones de la DGRN:**

Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009. Disponible en: [http://www.migrarconderechos.es/jurisprudencemastertable/jurisprudencia/Res\\_DGRN\\_18\\_02\\_2009](http://www.migrarconderechos.es/jurisprudencemastertable/jurisprudencia/Res_DGRN_18_02_2009)

Resolución de la DGRN (48ª) de 15 de abril de 2013. *Boletín del Ministerio de Justicia:* Resoluciones de la Dirección General del Registro y del Notariado (Registro Civil), de 1 de agosto de 2013.