

La maternidad subrogada en el Derecho comparado *Surrogacy in comparative Law*

Carlos Javier Ávila Hernández

Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

Sumario: Capítulo I. La maternidad subrogada: 1. Introducción; 2. Antecedentes; 3. Concepto y terminología 4. Causas y modalidades. **Capítulo II. situación jurídica actual española:** 1. Análisis de la Ley 14/2006, de 26 de mayo sobre técnicas de reproducción humana asistida; 2. ¿La adopción como alternativa para la determinación de la filiación; 3. La maternidad subrogada llevada a cabo en el extranjero: 3.1. Situación anterior a la Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución; 3.2. Situación tras la Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución; 3.3. La maternidad subrogada internacional en la nueva Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. 4. La necesidad de regulación. **Capítulo III. Derecho comparado:** 1. Prohibición de la maternidad subrogada: 1.1. Francia; 1.2. Alemania; 1.3. Suiza; 1.4. Italia; 1.4. Austria. 2. Admisión de la maternidad subrogada cuando es altruista: 2.1. Reino Unido; 2.2. Canadá; 2.3. Grecia; 2.4. Brasil; 2.5. Israel. 3. Admisión amplia de la maternidad subrogada: 3.1. Rusia; 3.2. Ucrania; 3.3. India. 4. La maternidad subrogada en los sistemas federales: 4.1. Australia; 4.2. México; 4.3. Estados Unidos. 5. El turismo reproductivo y la maternidad subrogada internacional: 5.1. Incapacidad de documentar al nacido para viajar al país de residencia de los comitentes; 5.2. Incapacidad de regularizar al nacido una vez en el país de residencia o durante el proceso migratorio. **Capítulo IV. Propuesta de ley sobre la maternidad subrogada. Capítulo V. Conclusiones. Bibliografía.**

Resumen: El presente trabajo estudia la maternidad subrogada a través de un acercamiento histórico-conceptual, analizando sus causas, modalidades y las consecuencias derivadas de su práctica. Tratará de poner en tela de juicio la legislación nacional por medio del desarrollo de las incertidumbres que provoca su práctica en España y en el extranjero, y analizará las diferentes posturas legislativas habidas en derecho comparado, para concluir con una propuesta de ley reguladora de esta técnica en nuestro país.

Palabras clave: Maternidad subrogada, gestante, comitente, Registro Civil y regulación.

Abstract: This paper studies the surrogacy through a historical-conceptual approach, analysing the causes, modalities and consequences of the practice. It aims to put into question the national legislation through the development of the uncertainties caused by that practice in Spain and abroad, and analyse the different legislative positions that have occurred in

comparative law, concluding with a proposal for the regulation of this technique in our country.

Keywords: Surrogacy, surrogate, principal, Register Office, and regulation.

CAPÍTULO I. LA MATERNIDAD SUBROGADA

1. Introducción

La historia de la filiación en el mundo ha estado siempre ligada a cuatro palabras del jurista Paulo, *mater semper certa est*, la madre es siempre conocida. La finalidad de esta declaración, era establecer la imposibilidad, sin autorización del pretor, de que un

hijo llevara a juicio a su madre.¹ Pero la rotundidad de la frase es tal, que acabó por sentar una ley para la historia de la filiación jurídica.

Pero un 25 de julio de 1978, en una pequeña ciudad inglesa llamada Oldham, en el condado de Lancashire, nacia una niña con el nombre de Louise Brown. Su nacimiento fue algo contra natura, inmoral y atentatorio contra las bases de la propia reproducción humana. Pero además, uno de los mayores logros de la medicina del siglo XX. Con ella se abrió el camino de las técnicas de reproducción humana asistida (en adelante TRHA).

No hay duda de que las TRHA han generado una auténtica "revolución reproductiva",² en tanto en cuanto ha producido dos conceptos dicotómicos, otrora inconcebible, como son reproducción y sexo. Adviértase la problemática subyacente a tremendo avance científico, no sólo en aspectos legales, sino también éticos.

Pues, ¿es ética la cosificación del *nasciturus*? ¿Provoca la gestación por sustitución efectos psicológicos en el niño? ¿Qué crisis de identidad pueden producirse? ¿Pueden predecirse las emociones asociadas con ceder a un niño? ¿Corresponde informar al niño de que su existencia ha tenido origen en un proceso de gestación por sustitución? ¿Es ético remunerar a la mujer gestante por serlo? ¿Esa compensación conduce necesariamente a la explotación de la mujer? ¿Debe aceptarse que sea practicada con fines comerciales o sólo altruistas? ¿Debe existir algún tipo de vínculo previo ente la parte comitente y la gestante? ¿Deben otorgarse efectos jurídicos sólo a la gestación por sustitución en la que la gestante únicamente gesta, o también cuando ésta aporte sus óvulos? ¿Cómo deben resolverse los eventuales conflictos de intereses entre las partes, especialmente los cambios de opinión de la gestante, que, tras el parto, se niega a entregar al nacido a la pareja comitente? ¿Qué pasa si nadie quiere un niño que nace con discapacidad? ¿Debe permitirse sólo a las parejas médicamente incapaces de gestar o también a las parejas aptas, hombres solos o parejas homosexuales? ¿Qué sucede si la gestante decide abortar? ¿Y si son los comitentes quienes quieren que la gestante aborte?...³

Ante tal maraña de cuestiones, podemos plantearnos que, al igual que surge derecho para regular nuevas realidades, el derecho también sirve para regular realidades evolucionadas. Pues los hombres hacen las leyes; los hechos biológicos son descubiertos por el hombre a través de la ciencia; y éstos no pueden ser cambiados por las leyes. Han de admitirse o prohibirse, pero no ocultarse. La ocultación para la no regulación, no supone la desaparición del avance, ¿paz social perpetua, o sociedad evolucionada y evolutiva? La evolución no es únicamente parcela de la ciencia, sino también de las mentes.

A lo largo de este trabajo procuraré analizar este complejo concepto, y todo lo que se deriva del mismo, tanto desde el punto de vista legal como social, para mediante una reconsideración del concepto de maternidad subrogada, ver hasta qué punto es cierta la certeza *mater semper certa est*, para ponerla en duda y demostrar como los avances científicos modifican toda idea que se pretende irrefutable. Concluyendo con una propuesta de regulación que refleje las políticas de una sociedad moderna, evolucionada y evolutiva, que respeta la libertad y el objetivo de felicidad de todo hombre, tratando de interpretar la cuestión, de forma que el derecho a la maternidad y a la paternidad tenga como límite la violación de otros derechos.

2. Antecedentes

Si bien la maternidad subrogada se nos presenta como una cuestión de la modernidad, lo cierto es que, si seguimos las Sagradas Escrituras, resulta que el problema intrínseco a la cuestión objeto de debate, es tan antigua como el propio mundo. Así, los primeros pasajes del Génesis muestran supuestos de maternidad

¹ DUPLÁ MARÍN, M.T. *Fundamenta iuris. Terminología, Principios e Interpretatio*. Editorial Universidad de Almería, Almería, 2012, pp. 309-310.

² LAMM, E. *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 2013, p. 17.

³ LAMM, E. *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 2013, pp. 18-19.

subrogada, si bien por medio del acceso carnal con mujeres diferentes de las que pretendían la descendencia.

El nacimiento de Ismael se produce cuando Sarai, incapaz de dar descendencia a su marido Abram, pues Jehová la había hecho estéril, incita a su esposo a que tomara a su sierva Agar. Y así, Sarai iba a tener hijos de ella.⁴ Su conducta hace decir a San Agustín que exigió de esta manera el débito conyugal, haciendo uso de su derecho, en útero ajeno.⁵ Jacob, nieto de Abram, fue hecho padre por sus dos esposas, también mediante este proceso. Ellas, Raquel y Lea, entregaron sus siervas para yacer con Jacob y así concibieran sus hijos, Dan, Neftalí, Gad y Aser.⁶

En el Reino de los sumerios, en la Mesopotamia del siglo XVIII a.C., la maternidad subrogada fue, además de una práctica habitual, una práctica legal. Así consta en el Código de Hammurabi,⁷ de poco menos de cuatro mil años de antigüedad, que establece que si uno toma una esposa que le entrega una esclava, el marido no podrá tomar una nueva esposa, siempre que le dé hijos. Si la esposa no le da descendencia, considerando también a la esclava como una ramificación de la esposa, podrá tomar una nueva mujer, pero que no será considerada de la misma categoría que la patrona. Así será, en el aprecio del esposo, si da a luz sus hijos, pero seguirá siendo considerada esclava, aunque con la garantía de no poder ser vendida por plata.

El incesto real en el Antiguo Egipto fue una realidad (aunque muchos defienden que menos de lo que se cree, dado que el término para referirse cariñosamente a la esposa era el mismo que para la hermana, *senet*). Aunque no exista una línea segura de estudio, la más aceptada es la de la teoría de la princesa heredera, según la cual, la legitimidad para reinar era dada por la línea femenina, en tanto eran las mujeres las que heredaban el poder de legitimar, por medio del matrimonio, el acceso al trono del futuro faraón. El porqué de esta forma de suceder, radica en que la idea era que fuera el hijo del faraón quien se casara con su hermana, cuya descendencia mantendría pura la sangre divina de la que se jactaban los gobernadores del Antiguo Egipto. Por ello, muchos faraones, fruto del fruto del fruto de estas relaciones incestuosos, nacían con determinadas dolencias, lo que les llevaba a servirse de sus criadas para lograr tener descendencia. Bien es cierto que los nacidos de siervas, tenían la desventaja de acceder al trono, sólo a falta de otros herederos más legítimos. Así nacieron Tutmosis I, hijo de Amenhotep I; Tutmosis II, hijo de aquél, y su hijo Tutmosis III, padre de Amenhotep II. Todos ellos nacidos por medio de la subrogación.

⁴ «Y Sarai, esposa de Abram, no le daba hijos; y ella tenía una sierva egipcia que se llamaba Agar. Dijo, pues, Sarai a Abram: Ya ves que Jehová me ha hecho estéril; te ruego que te allegues a mi sierva; quizá tendré hijos de ella. Y atendió Abram la voz de Sarai... Y Agar dio a luz un hijo a Abram, y llamó Abram el nombre de su hijo que Agar le dio, Ismael». *Génesis: 16*.

⁵ MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M., MASSIGOGUE BENEGIU, J.M. *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho Español*. Dykinson, Madrid, 1994, p. 26.

⁶ «Y viendo Raquel que no daba hijos a Jacob, tuvo envidia de su hermana, y decía a Jacob: dame hijos, o si no, me muero. Y Jacob se enojó con Raquel y dijo: ¿Estoy yo en lugar de Dios, quien te impidió el fruto de tu vientre? Y ella dijo: He aquí mi sierva Bilha; llégate a ella, y dará a luz sobre mis rodillas, y yo también tendré hijos de ella...

Y concibió Bilha y dio a luz un hijo a Jacob... Y viendo Lea que había dejado de tener hijos, tomó a Zilpa, su sierva, y la dio a Jacob por esposa. Y Zilpa sierva de Lea, dio a luz un hijo a Jacob». *Génesis 30*.

⁷ «Ley 144: Si uno tomó una esposa de primera categoría y si esta esposa dio una esclava a su marido y esta ha tenido hijos, si el marido quiere tomar una nueva esposa más, no se le permitirá y el hombre no podrá tener otra mujer más.

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

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

Ley 147: Si la esclava no ha tenido hijos, la patrona la venderá por plata». «Código de Hammurabi», *Leyes 144-147*.

En la Grecia y Roma clásicas, también se trataba de una actividad naturalizada, tal y como retrata el historiador griego Plutarco.⁸ Pero esta técnica no constituyó feudo reservado a Occidente, pues en la Edad Media se utilizó también en China, Corea y Japón.

Tras siglos de investigación, el primer acuerdo de gestación por sustitución documentado se llevó a cabo en 1976.⁹ Pero es, a partir de la aparición de la fecundación *in vitro*, en 1978, cuando llega la revolución definitiva. Así, el primer caso de gestación por sustitución en el que la gestante no aporta sus óvulos ocurrió en 1984, cuando los óvulos de una mujer sin útero fueron transferidos al de una mujer que dio a luz una criatura con la que no tenía relación genética alguna.¹⁰ Este avance constituyó todo un hito, pues supuso, para las personas estériles, la posibilidad de tener hijos genéticamente propios, sin que la gestante fuese la madre genética.

Sería en 1980 cuando la maternidad por subrogación se abriera al mundo, por tener lugar el primer caso que atendió el problema: el caso *Baby M*. El señor Stern, ante la imposibilidad de su mujer Elizabeth para tener un hijo, contrajo con el matrimonio Whitehead un contrato de gestación por sustitución. Por dicha tarea, Elizabeth Whitehead recibiría diez mil dólares más gastos médicos. Así, la gestante fue inseminada artificialmente con semen del señor Stern, para al nacer, entregar la criatura a la familia Stern, cuyo apellido constaría en el certificado de nacimiento. Además, la señora Whitehead habría de renunciar a sus derechos filiatorios. El 27 de marzo de 1986 nace Melisa Stern, y los comitentes permiten a la gestante permanecer con la niña unos días, periodo tras el cual decidió que no la entregaría a los Stern. Tampoco renunció a la relación materno-filial, impidiendo así que la señora Stern pudiese adoptar, tal y como se había pactado. Los Stern llevaron el caso a los tribunales, que acabó por ser resuelto ante el Tribunal Supremo de Nueva Jersey, que concluye que el contrato era inválido y no ejecutable, además de por consideraciones de orden público, «por estar en conflicto con las leyes que prohíben el pago de una suma de dinero en relación con las adopciones; las leyes que exigen la prueba de la incapacidad de los padres o el abandono para que se declare la extinción de los derechos parentales o se conceda la adopción; y las leyes que establecen la revocabilidad de la entrega de la custodia y del consentimiento para la adopción en las adopciones convenidas privadamente». Pero este no fue el factor determinante, sino que lo fue el interés superior de la niña. Once peritos informaron al respecto, y el Tribunal concluyó que, «la protección del interés de Melisa demanda que se conceda a los Stern la guarda de la niña», concediendo a la señora Whitehead, un derecho de visitas que decidirá el Tribunal de instancia o, «aunque no sea probable, es posible que decididas ya las principales cuestiones de este litigio, las partes, por el amor que sin duda profesan a la niña, intenten de buena fe resolver ellas mismas la cuestión del derecho de visita pensando en el mejor interés de su hija».¹¹

3. Concepto y terminología

Existen en la doctrina numerosas definiciones conceptuales debido a las variantes de la figura que tratamos. Conceptos evolutivos que se inician con una consideración sólo posible si provocada mediante IA, donde la gestante y el comitente varón deben aportar su material genético. En los que los comitentes han de ser una pareja heterosexual casada, donde el padre será considerado padre biológico y su esposa madre adoptiva. A medida que la ciencia iba avanzando y la práctica multiplicándose, los conceptos

⁸ Véase PLUTARCO, M. "Las vidas paralelas", *Tomo VI, Catón el Menor*.

⁹ Se hace necesario advertir que en los primeros casos de gestación por sustitución, era la gestante la que aportaba el material genético, debido a que se practicaba la inseminación artificial (en adelante, IA).

¹⁰ LAMM, E. *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 2013, p. 20.

¹¹ In *Re Baby M*, *Supreme Court of New Jersey*, 109 N.J. 396; 537 A.2d; 1988 N.J. LEXIS 1; 77 A.L.R. 4th. (Traducción de SILVA-RUIZ, P.F.).

doctrinales se abrían, aunque fue tardía la evolución hacia la posibilidad de que fuera comitente una pareja homosexual o solamente un hombre.¹²

Por seguirlos sustancialmente en esta oportunidad, enunciare los conceptos dados por A.J. Vela Sánchez y E. Lamm.

Vela Sánchez habla de un «fenómeno social por el cual una mujer, mediante contraprestación o sin ella, se compromete a gestar un bebé para que otra u otras personas puedan ser padres, biológicos o no».¹³ Por su parte, Lamm habla de «una forma de reproducción asistida, por medio del cual una persona, denominada gestante acuerda con otra persona, o con una pareja, denominadas comitente, gestar un embrión con el fin de que la persona nacida tenga vínculos jurídicos de filiación con la parte comitente».¹⁴

En nuestro país, el hecho de la gestación por sustitución se conoce generalmente con la expresión, aunque técnicamente no del todo correcta, *maternidad subrogada*. Existe una enorme diversidad terminológica, tanto médico-científica como jurídica, que vendremos utilizando indistintamente a lo largo de esta exposición, a pesar de que pequen de la misma falta de ajuste técnico que el término *maternidad subrogada*. Los más comunes son maternidad subrogada, gestación por sustitución, alquiler de útero o de vientre, madres suplentes, portadoras, de alquiler o gestantes, donación temporaria de útero, gestación por cuenta ajena o subrogada, maternidad sustituta, de alquiler o de encargo, etc.¹⁵

También en derecho comparado destaca la multiplicidad terminológica. Entre los anglosajones, tras el Informe Warnock (1984),¹⁶ se conoce la figura como *surrogacy*. En Francia se habla de *mère de substitution*, *mère porteuse*, *mère de remplacement* y *prêt d'uterus*. En Italia se emplean los términos *affitto di útero* o *locazione di útero*. Para Alemania es *Lehmutter*.¹⁷ Conviene destacar el caso mexicano pues, como veremos en el Capítulo III, el grado de permisividad con la maternidad subrogada, difiere según el estado. Y, curiosamente, el Código Civil (en adelante, CC) del estado de Tabasco usa los términos *maternidad subrogada* o *maternidad gestante sustituta*, según la gestante aporte o no su material genético.

En realidad el término *maternidad subrogada* es incorrecto, en tanto la maternidad no es una situación que se concrete en un instante, sino que es todo un proceso que comienza antes siquiera de la fecundación, y no concluye hasta que termina la propia vida. Además, según la Real Academia Española, *subrogar* es «sustituir o poner una persona o cosa en lugar de otra», así que sólo cabría su uso cuando la gestante lleve a cabo la gestación, aportando su propio material genético. Con E. Lamm, la denominación más adecuada sería, *gestación de sustitución*, por tratarse del «término que se adecua en mayor grado a la realidad que comprende».¹⁸ En nuestro país, además, es el concepto utilizado por la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo, en adelante, LTRHA).

¹² Véase LAMM, E. *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 2013, pp. 22-24.

¹³ VELA SÁNCHEZ, A.J. "La gestación de sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler", *Diario La Ley*, núm. 7608, Sección Doctrina, 2 de abril de 2011, Año XXXII, pp. 1-15.

¹⁴ LAMM, E. *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 2013, p. 24.

¹⁵ Véase MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M., MASSIGOGÉ BENEJUI, J.M. *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho Español*. Dykinson, Madrid, 1994, pp. 22-24.

¹⁶ El Informe Warnock, emitido en 1984 por el Comité de Investigación sobre Fertilización y Embriología Humanas, fue solicitado por el Parlamento británico cuando decidió regular legalmente la investigación con embriones humanos. Fue el primer informe europeo que aborda la procreación asistida.

Disponibles en:
http://www.hfea.gov.uk/docs/Warnock_Report_of_the_Committee_of_Inquiry_into_Human_Fertilisation_and_Embryology_1984.pdf

¹⁷ MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M., MASSIGOGÉ BENEJUI, J.M. *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho Español*. Dykinson, Madrid, 1994, p. 22.

¹⁸ LAMM, E. *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 2013, p. 2).

4. Causas y modalidades

La constitución del convenio de maternidad subrogada puede deberse a infinidad de circunstancias. La infertilidad es el supuesto más visible, y dependiendo de la aptitud de su óvulo para la fecundación, la comitente podrá optar o no por utilizar el material genético de la gestante. Pero también puede darse el caso de que, simple y llanamente, la mujer no quiera quedar embarazada (bien por estética, por no transmitir una enfermedad, por motivos de trabajo, etc.), lo cual no quita que no desee un hijo que tenga sus ojos. La mujer también puede haber muerto, y haber dejado un embrión congelado que necesite de un habitáculo de gestación. Pero es que además, la gestación por sustitución supone una gran oportunidad de satisfacer el anhelo de ser padres para los hombres solos o parejas homosexuales de hombres.

Desde otra perspectiva, debemos tomar en consideración la causa que impulsa a la otra parte del acuerdo que puede ser bien económica, bien deberse a un acto de altruismo, o cualquier otra circunstancia psicológica o social concreta que lleve a una mujer a gestar al hijo de otra.

La doctrina distingue dos modalidades de gestación por sustitución: la tradicional y la gestacional.

- Tradicional: la gestante aporta tanto la gestación como su material genético. En este caso, la mujer comitente no posee vínculo genético con el niño.
- Gestacional: la gestante aporta únicamente la gestación.

La tendencia es optar, cuando sea biológicamente posible, por el tipo gestacional, para establecer un vínculo genético madre comitente-hijo. Además, sobre todo tras el caso *Baby M*, para que no exista vínculo genético entre la gestante y el niño, lo cual lleva a algunos ordenamientos a ser más tolerantes con la figura.¹⁹

CAPÍTULO II. SITUACIÓN JURÍDICA ACTUAL ESPAÑOLA**1. Análisis de la Ley 14/2006, de 26 de mayo sobre técnicas de reproducción humana asistida**

Los antecedentes de la LTRHA vigente en nuestro país, fueron el Informe de la Comisión Parlamentaria Especial de Estudio sobre la Fecundación *in vitro*, y la Inseminación Artificial Humanas, conocido como Informe Palacios (1986),²⁰ donde se establecían aspectos relativos a supuestos en que podría defenderse la permisión de la maternidad subrogada (por inexistencia de útero, o útero inútil), pero que sin embargo recomendó su prohibición. Estableció que, en cualquier caso en que estos niños nacieran por medio de aquel proceso, serían considerados hijos de la gestante, aun ante la ausencia de vínculo genético con la misma. También la Disposición Adicional Segunda del Proyecto de Ley presentado por el Grupo Socialista y publicado en 1987,²¹ que recogía la misma prohibición, además estableciendo sanciones administrativas y penales según la responsabilidad contraída por los participantes. En el caso en que, a pesar de lo dispuesto, hubiere lugar a aquella gestación, se consideraría al nacido hijo legal de la gestante y sin padre, cabiendo valoración judicial de las circunstancias de la madre y de la solicitud de paternidad. La ley vigente mantiene intacto lo dispuesto por su predecesora (Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida).

El artículo décimo de la LTRHA regula la «gestación por sustitución», y dice así:

«1) Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna en favor del contratante o de un tercero.

¹⁹ LAMM, E. *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 2013, pp. 29-30.

²⁰ Recomendaciones disponibles en

http://www.congreso.es/public_oficiales/L2/CONG/BOCG/E/E_166.PDF.

²¹ Disponible en: http://www.congreso.es/public_oficiales/L3/CONG/BOCG/B/B_074-01.PDF p. 11.

2) La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.

3) Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales».

Destacan tres ideas clave: el contrato de gestación es nulo; la maternidad se determina por el parto; cabe reclamar la paternidad por la vía ordinaria.

El contrato de gestación es nulo de pleno derecho, sin importar que se haya llevado a cabo con ánimo de enriquecimiento, o por la vía del altruismo. Pues la nulidad no la determina su contenido, sino la propia naturaleza del objeto contractual. La doctrina²² analiza la situación en base a que, aunque no se estableciese la nulidad ex artículo 10 LTRHA, el contrato habría de ser igualmente nulo de acuerdo a nuestro derecho civil, por inexistencia o ilicitud de la causa, y porque su objeto ataca los principios de indisponibilidad del cuerpo humano y del estado civil de las personas.²³ La nulidad nos transporta a la conclusión de que los deberes y derechos acordados por las partes no producen efecto, por tanto, la gestante no está obligada a entregar al niño nacido de su vientre, ni a seguir cualquier otra cláusula estipulada, ni siquiera a indemnizar, como consecuencia de aquella actuación, aunque se le hayan entregado ciertas cantidades por razón de su servicio. Además, la nulidad implica que no podrá perseguirse su cumplimiento por vía judicial. Pero, ¿qué pasaría si a pesar de ser nulo el contrato, las partes cumplen lo pactado? Las consecuencias serían idénticas, pues al no existir eficacia jurídica, la única madre será la establecida por la Ley, y no la madre pactada. Derivado de aquella nulidad, conviene destacar cómo la actual legislación, a pesar de eliminar todos los efectos del acuerdo gestacional, no expresa nada acerca de los posibles intermediarios que participen en dicho acuerdo ni de su responsabilidad por tales actos, lo cual sí que había sido recomendado, en su momento, por el Informe Palacios (recomendación 116).²⁴ Castiga a quien desea un hijo, pero no a quien se enriqueció en el proceso.

Por medio del apartado segundo del artículo 10 LTRHA, que establece que la filiación de los hijos nacidos por medio de la maternidad subrogada será determinada por el parto, la legislación española se aferra al principio paulino *mater semper certa est*, sin importar ninguna otra circunstancia, primando el componente gestacional, sobre cualquier otro, ya haya ausencia de elemento volitivo, o incluso en caso de desconexión genética. La aplicación de este principio, aparte de ser un elemento disuasorio de la contratación gestacional, pretende salvaguardar el sistema de filiación, no dejando la maternidad ahogada en el mismo pozo de incertidumbre en que Paulo dejaba la paternidad. En nuestro sistema, la seguridad se muestra como superior a cualquier debate, pese a su procedencia.

Por último, el artículo 10.3 LTRHA, protege la acción de reclamación del padre biológico, que en su caso, se llevaría a cabo conforme a las reglas generales, esto es sobre la base del artículo 764 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC). Así, conforme a esta ley, se posibilita que al menos uno de los comitentes establezca el pretendido vínculo de filiación jurídica para con el nacido, aunque, como veremos, no ocurre automáticamente.

Para concluir, un aporte penal. Debemos tener en cuenta que, a pesar de que el Código Penal (en adelante, CP) no contemple la gestación por sustitución como delito, su realización puede llevar a la comisión de una serie de ilícitos sí tipificados: artículos 220 y 221 CP. Son 1) el delito de suposición de parto, que se daría en el caso de que los comitentes se atribuyan el hijo de, siempre según la ley, la gestante; 2) delito de ocultación o entrega del hijo, si la gestante lo entrega a la parte comitente; 3) o, si mediara contraprestación, delito de compraventa de niños.

²² Véase VELA SÁNCHEZ, A.J. *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*. Editorial Comares S.L., Granada, 2012, pp. 40-42.

²³ Véase GONZÁLES PÉREZ DE CASTRO, M. *La verdad biológica en la determinación de la filiación*. Dykinson, Madrid, 2013, pp. 347-350).

²⁴ «Deberán ser objeto de sanción penal o del tipo que procediera, las personas que participen en un contrato de gestación de sustitución, aunque no sea escrito, así como las personas, agencias o instituciones que la propicien y los equipos médicos que los realicen».

2. ¿La adopción como alternativa para la determinación de la filiación?

Como vimos, el contrato de gestación por sustitución es nulo de pleno derecho, y la maternidad queda determinada por el parto, punto.

Pero, partiendo de esa base, podemos plantearnos otra cuestión, ¿puede la gestante entregar, a la parte comitente, el niño en adopción? Para dar una respuesta, debemos analizar si podría mediar: 1) bien una adopción conjunta por parte de la pareja comitente o por la persona comitente sola; 2) o bien, si una vez reconocida la paternidad del comitente, vía artículo 10.3 LTRHA,²⁵ cabe la adopción por parte del cónyuge o pareja del comitente.

- Adopción conjunta por parte de la pareja comitente o por la persona comitente sola.

Parte de la doctrina²⁶ entiende que ante esta situación no existe fraude de ley, pues el legislador no prohíbe la adopción. Se argumenta que, ante un conflicto de intereses, lo que el legislador hace es determinar la prevalencia del interés de la gestante sobre el interés genético, decidiendo la maternidad en favor de la madre gestante. Pero, después del nacimiento y una vez producida la inscripción en que conste la filiación a su favor, no existe ninguna prohibición, siendo imprescindible el control judicial para salvaguardar el interés del niño.

Se plantea la cuestión de si se debería permitir que las personas realicen indirectamente lo que se les prohíbe hacer de forma directa. Para dar respuesta a ello, Giroux²⁷ divide el concepto de interés superior del niño en dos momentos temporales. Si *a priori* el interés superior del niño tiene por objeto impedir que se lleve a cabo esta práctica imponiendo que no se facilite la regularización de esta situación; *a posteriori* podría suponer que las personas que realmente tienen la intención, la voluntad de ejercer el papel de padres, puedan hacerlo.

En cambio el sector opuesto determina que, si a los comitentes se les autoriza después del parto a una adopción preferente, se conseguiría así el propósito de la maternidad subrogada, pese a la voluntad del legislador.

Pero debemos considerar éste, un planteamiento erróneo en sí mismo, debido a la forma, pues no es la gestante quien cede su descendencia a los solicitantes, personalmente por medio de la adopción. Quien formaliza la adopción no es ella, sino la entidad pública con el juez, como establecen las leyes. Ello supondría que, al seguir el proceso establecido al efecto, aquella adopción, casualidades aparte, no llegará a buen puerto.

- Adopción por parte del cónyuge o pareja del comitente, una vez reconocida la paternidad de éste, mediante el uso del artículo 10.3 LTRHA.

Para llevar a cabo dicho "plan", se requiere que un varón preste su consentimiento para la fecundación de una mujer distinta a su pareja con sus gametos y consiga que ella preste su asentimiento para la adopción, una vez transcurridos treinta días desde el parto, apoyados por el CC en sus artículos 176.2.2 y 177.²⁸

²⁵ Artículo 10.3 LTRHA: «Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales».

²⁶ Véase LAMM, E. *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 2013, pp. 74-77.

²⁷ GIROUX, M. "L'encadrement de la maternité de substitution au Québec et la protection de l'intérêt de l'enfant", *Revue générale de droit*, volumen 28, número 4, 1997, pp. 535-547.

²⁸ Artículo 177 CC: «1. Habrán de consentir la adopción, en presencia del Juez, el adoptante o adoptantes y el adoptando mayor de doce años.

2. Deberán asentir a la adopción en la forma establecida en la Ley de Enjuiciamiento Civil: 1º El cónyuge del adoptante, salvo que medie separación legal por sentencia firme o separación de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente. 2º Los padres del adoptando que no se hallare emancipado, a menos que estuvieran privados de la patria potestad por sentencia firme o incurso en causa legal para tal privación. Esta situación sólo podrá apreciarse en procedimiento judicial contradictorio, el cual podrá tramitarse como dispone el artículo 1827 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Así, conforme al artículo 10.3 LTRHA, el varón que fuera el padre biológico del nacido puede ejercitar la acción de reclamación de la paternidad y, posteriormente, previa renuncia de la gestante, realizada transcurridos treinta días desde el parto, el hijo puede ser adoptado por la verdadera pareja del comitente, sin necesidad de mediar la declaración de idoneidad prevista en el artículo 176 CC.²⁹

Autores como De Verda y Beamonte,³⁰ Vela Sánchez³¹ y Lamm,³² califican esta solución de absurda, en tanto supone utilizar la vía de la adopción para lograr los efectos del contrato de gestación por sustitución, y si esto se permite ¿por qué no admitirse directamente la maternidad subrogada? Acudir a esta figura para atacar la LTRHA, en cuanto prohibición legal, aparte el hecho de la necesidad de regulación sobre la base de la voluntad procreacional, supone un claro fraude ley.

Vemos como el legislador utiliza la seguridad jurídica para proteger el interés superior del niño, pero que al final es la propia seguridad jurídica, la que torpedea aquel interés.

3. La maternidad subrogada llevada a cabo en el extranjero

Así las cosas, ante la situación retratada, queda clara la imposibilidad de inscribir en el Registro Civil, a favor de la parte comitente, la filiación de un niño nacido a través de un contrato de gestación por sustitución celebrado en España. Pero, ¿qué pasaría si un español recurre a la maternidad subrogada en un país en que sí se permita aquella inscripción? ¿Podrá el nacido acceder a los Registros españoles? Analizaremos dicha posibilidad a través del caso judicial más emblemático de nuestro país en lo que se refiere a esta materia.

No será necesario el asentimiento cuando los que deban prestarlo se encuentren imposibilitados para ello, imposibilidad que se apreciará motivadamente en la resolución judicial que constituya la adopción.

El asentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido treinta días desde el parto.

3. Deberán ser simplemente oídos por el Juez: 1º Los padres que no hayan sido privados de la patria potestad, cuando su asentimiento no sea necesario para la adopción. 2º El tutor y, en su caso, el guardador o guardadores. 3º El adoptando menor de doce años, su tuviere suficiente juicio. 4º La entidad pública, a fin de apreciar la idoneidad del adoptante, cuando el adoptando lleve más de un año acogido legalmente por aquél».

²⁹ Artículo 176 CC: «1. La adopción se constituye por resolución judicial, que tendrá en cuenta siempre el interés del adoptando y la idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad.

2. Para iniciar el expediente de adopción es necesaria la propuesta previa de la entidad pública a favor del adoptante o adoptantes que dicha entidad pública haya declarado idóneos para el ejercicio de la patria potestad. La declaración de idoneidad podrá ser previa a la propuesta.

No obstante, no se requiere propuesta cuando en el adoptando concorra alguna de las circunstancias siguientes: 1º Ser huérfano y pariente del adoptante en tercer grado por consanguinidad o afinidad. 2º Ser hijo del consorte del adoptante. 3º Llevar más de un año acogido legalmente bajo la medida de un acogimiento preadoptivo o haber estado bajo su tutela por el mismo tiempo. 4º Ser mayor de edad o menor emancipado.

3. En los tres primeros supuestos del apartado anterior podrá constituirse la adopción, aunque el adoptante hubiere fallecido, si éste hubiese prestado ya ante el Juez su consentimiento. Los efectos de la resolución judicial en este caso se retrotraerán a la fecha de presentación de tal consentimiento».

³⁰ Véase DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. "Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010)", *Diario La Ley, número 7501, Sección Tribuna*, 3 de noviembre de 2010, pp. 1-7.

³¹ Véase VELA SÁNCHEZ, A.J. *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*. Editorial Comares S.L., Granada, 2012, pp. 3-11.

³² Véase LAMM, E. *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 2013, pp. 74-77.

3.1. Situación anterior a la Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución

En el Registro Civil Consular de España en Los Ángeles (California, Estados Unidos), el matrimonio español compuesto por Genaro y Bienvenido solicita la transcripción del acta de nacimiento extranjero, como hijos de ambos, de dos mellizos nacidos por medio de la figura de la maternidad subrogada en 2008. Se empleó la modalidad gestacional, en tanto la mujer californiana aportó su útero, siendo inseminada con el semen de ambos, y con el óvulo de una tercera mujer donante. El 10 de noviembre de 2008, Inocencio Arias, Canciller encargado de aquel Registro, denegó la inscripción invocando la nulidad de pleno derecho del contrato de gestación, y considerando madre legal a la gestante, indicando además, la imposibilidad de que los dos varones fueran los padres de los niños, pues la procreación requiere de una mujer. Es precisamente el dato de la homosexualidad de los comitentes, el que advierte a la autoridad registral de la existencia de la realidad que estudiamos, y que en casos anteriores, al tratarse de parejas heterosexuales, no se había advertido. Aquellas parejas lograron la transcripción de las actas de nacimiento en el Registro Civil español sin mencionar la «procedencia» de las criaturas y haciéndolos pasar como nacidos por filiación natural.³³

Tras la negativa, el matrimonio recurre ante la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante, DGRN), que falla, mediante resolución de 18 de febrero de 2009,³⁴ revocando el auto apelado y ordenando la inscripción de los menores en el Registro Civil español, en favor de Genaro y Bienvenido. Los argumentos de la DGRN son:

- La filiación no es lo que se cuestiona, sino el acceso registral de una filiación ya determinada.

La filiación de los mellizos ya ha sido determinada en otro país, por lo que la LTRHA es inaplicable. Lo que se trata de resolver no es la filiación, sino el acceso al Registro Civil español de una filiación ya determinada. Lo procedente es una comprobación formal de la misma, pues no se trata de una cuestión de derecho aplicable, sino de validez extraterritorial de decisiones extranjeras en España. Así, se ha de aplicar el artículo 81 del Reglamento del Registro Civil (en adelante, RRC).³⁵ Ello llevaría, sencillamente, a un control de legalidad, que no abarca el examen de si la solución jurídica es igual a la que habría dado una autoridad española en aplicación de la ley española, sino que supone una comprobación de que se trate de un documento público autorizado por autoridad extranjera, y que el mismo ha sido emitido por autoridad registral que desempeñe funciones equivalentes a las respectivas españolas.

- La inscripción no supondría ninguna violación del orden público.

La inscripción en el Registro Civil español del nacimiento y filiación de los mellizos en favor de dos hombres no vulnera el orden público internacional español, en tanto éste permite la inscripción de filiación en favor de dos mujeres (artículo 7.3 LTRHA).³⁶ Por lo que no permitir la filiación en favor de dos varones sería contrario al principio constitucional que enuncia la no discriminación por razón de sexo. Además ello no

³³ Véase <http://sonnuestroshijos.blogspot.com.es>.

³⁴ Disponible en:

<http://portaljuridico.lexnova.es/doctrinaadministrativa/JURIDICO/50165/resolucion-dgrn-de-18-de-febrero-de-2009-inscripcion-de-nacimiento-acaecido-en-california-por-m>.

³⁵ Artículo 81 RRC: «El documento auténtico, sea original o testimonio, sea judicial, administrativo o notarial, es título para inscribir el hecho de que da fe. También lo es el documento auténtico extranjero, con fuerza en España con arreglo a las leyes o a los Tratados internacionales».

³⁶ Artículo 7.3 LTRHA: «Cuando la mujer estuviere 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».

vulneraría «la estructura básica de la sociedad española», en tanto se permite la filiación por parte de dos varones en caso de adopción. Así, si la ley establece la no distinción entre hijos naturales y adoptivos, ¿por qué hacerlo?

- El interés superior de los niños.

La toma en consideración del interés superior de los niños supondría evitar, no sólo su falta de filiación, sino el hecho de que posean identidades diferentes según el lugar en que se encuentren. Es decir, para que no sean hijos de unos en un lado del mundo, e hijos de otros al otro lado. Por lo que la DGRN argumenta que la inscripción de la certificación registral californiana en el Registro Civil español supone la mejor forma de protección de los niños.

- No ha habido fraude de ley.

No debemos hablar de fraude de ley pues, no se ha tratado de eludir ninguna norma imperativa española al no intentar los interesados, alterar el punto de conexión de la norma de conflicto española (podían haber alterado la nacionalidad de los nacidos para aplicar la ley de California). Tampoco ha habido *Forum Shopping* fraudulento (elección del foro más favorable), pues no se ha dejado la cuestión de la filiación de los niños en manos de las autoridades californianas para eludir la ley española.

Al poco tiempo, la resolución de la DGRN, que ordenaba la inscripción de los mellizos en favor de Genaro y Bienvenido, fue atacada. El Ministerio Fiscal³⁷ la impugnó, y la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010, le dio la razón, íntegramente, ordenando dejar sin efecto la inscripción, en base a la siguiente argumentación:

- El artículo 81 RRC, es tan sólo una norma que desarrolla otra de rango superior.

El artículo 81 no es más que una norma desarrolladora del artículo 23 de la Ley del Registro Civil (en adelante, LRC), que establece que: «También podrán practicarse [las inscripciones], sin necesidad de previo expediente, por certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros, siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española». Lo cual retrata, desde la perspectiva del juez, la necesidad de un control material, además de formal, o sea un control de la realidad del hecho que se ha inscrito en el Registro extranjero. Así, el hecho de que estemos ante dos varones, padres de los menores cuya inscripción se pretende, no es cierto: «No lo es, ni puede serlo a efectos materiales, pues biológicamente resulta imposible, [entonces] surge con ello la existencia de duda sobre la realidad del hecho inscrito». Del mismo modo, advierte la sentencia, que lo que se exige al encargado del Registro es, además, que compruebe si la inscripción que se pretende es conforme a la ley española, es decir, si el hecho sería legal de haber ocurrido en España. Por ende que lo haga conforme al artículo 10 LTRHA.³⁸ El argumento del artículo 81 RRC queda absolutamente retratado.

- El no a la inscripción no es discriminatorio.

La negativa a la inscripción no se basa en un trato discriminatorio, sobre la base de que «la no procedencia de la inscripción no nace de que los solicitantes sean varones, sino de que los bebés nacidos son consecuencia de un contrato de gestación por sustitución», contrato nulo de pleno derecho. Además han incurrido en un fraude de ley: acuden a Los

³⁷ Con la entrada en vigor de la nueva Ley 20/2011, del Registro Civil, la intervención del Ministerio Fiscal no será posible.

³⁸ ALBERT MÁRQUEZ, M.M. "Los contratos de gestación de sustitución llevados a cabo en el extranjero y la nueva Ley del Registro Civil", *Diario La Ley, número 7863, Sección Doctrina*, 22 de mayo de 2012, año XXXIII, pp. 1-14.

Ángeles sabiendo que la maternidad subrogada, a diferencia de en España, se permite y que, consecuentemente, los menores podrían ser inscritos como hijos naturales, asumiendo el riesgo de que las instancias españolas bloquearan la transcripción del acta en el Registro Civil español.

- El interés superior de los niños es protegible por medio de la adopción. El interés superior de los niños aconseja la inscripción de la doble paternidad, y nuestro ordenamiento tiene medios suficientes para conseguir esa concordancia, por la vía de la adopción. La consecución del interés superior de los niños «no legitima actuaciones contrarias a ese propio ordenamiento jurídico, sino que el resultado debe conseguirse a través de las vías que el Derecho español establece».

3.2. Situación tras la Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución³⁹

Pero la maternidad subrogada no termina con Genaro y Bienvenido. Aparecen nuevos casos solicitando la inscripción de nacimientos en los registros consulares, y ante la complejidad de la situación, la DGRN decide determinar una serie de criterios que establezcan las condiciones de acceso al Registro Civil español de los nacidos en el extranjero por medio de esta técnica, con el fin de dar una respuesta común a los múltiples recursos habidos y venideros ante la negativa de inscripción de los nacidos en países en los que los contratos de gestación por sustitución son Derecho. Para garantizar la plena protección del menor, debía abordar tres cuestiones: «en primer lugar, los instrumentos necesario para que la filiación tenga acceso al Registro Civil español cuando uno de los progenitores sea de nacionalidad española; en segundo lugar, la inscripción registral en ningún caso puede permitir que con la misma se dote de apariencia de legalidad supuestos de tráfico internacional de menores; y en tercer lugar, la exigencia de que no se haya vulnerado el derecho del menor a conocer su origen biológico». ⁴⁰ Además deben valorarse otros intereses, en especial la protección de las gestantes.

A partir de esta Instrucción, para garantizar aquella protección, se establece como requisito previo a la inscripción, la presentación ante el encargo del Registro Civil de una resolución judicial dictada por el tribunal competente del país de origen que establezca la filiación del menor. Así, la DGRN se aleja del criterio por el que había optado en 2009, según el cual para la inscripción de la filiación, bastaba la mera presentación de la certificación extranjera. Ello permitirá:

- «Controlar el cumplimiento de los requisitos de perfección y contenido del contrato respecto del marco legal del país donde se ha formalizado, así como la protección de los intereses del menor y de la madre gestante.
- Constatar la plena capacidad jurídica y de obrar de la mujer gestante, la eficacia legal del consentimiento prestado por no haber incurrido en error sobre las consecuencias y alcance del mismo, ni haber sido sometida a engaño, violencia o coacción o la eventual previsión y/o posterior respeto a la facultad de revocación del consentimiento o cualesquiera otros requisitos previstos en la normativa legal del país de origen.
- Verificar que no existe simulación en el contrato de gestación por sustitución que encubra el tráfico internacional de menores».

Si el encargado del Registro Civil entiende, que la resolución que se requiere, ha sido dictada en un procedimiento contencioso, denegará la inscripción de la misma, pues requerirá de previo exequátur de ésta, de acuerdo a lo establecido en la LEC (LEC 1881: artículos 954 y siguientes), y según «doctrina plenamente consolidada del Tribunal Supremo (en adelante, TS)». No así cuando la resolución derive de un procedimiento

³⁹ Disponible en: <http://www.boe.es/boe/dias/2010/10/07/pdfs/BOE-A-2010-15317.pdf>.

⁴⁰ Véase 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, Boletín Oficial del Estado, número 243, jueves 7 de octubre de 2010, Sección 1, pp. 84803-84805.

equiparable a un procedimiento español de jurisdicción voluntaria, en que basta un control incidental de la resolución, como requisito previo a su inscripción. «En dicho control incidental deberá constatar:

- La regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualesquiera otros documentos que se hubieran presentado.
- Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española.
- Que se hubiesen garantizado los derechos procesales de las partes, en particular, de la madre gestante.
- Que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante. En especial, deberá verificar que el consentimiento de esta última se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia y que tiene capacidad natural suficiente.
- Que la resolución judicial es firme y que los consentimientos prestados son irrevocables, o bien, si estuvieran sujetos a un plazo de revocabilidad conforme a la legislación extranjera aplicable, que éste hubiera transcurrido, sin que quien tenga reconocida facultad de revocación, la hubiera ejercitado».

En breves palabras: con la Instrucción de la DGRN, para inscribir a los nacidos en el extranjero por medio de la gestación por sustitución en el Registro Civil español, se debe presentar, al encargado registral, una resolución judicial del tribunal del país extranjero estableciendo la filiación. Si éste entiende que proviene de un procedimiento contencioso, no inscribirá la resolución, a menos que vaya acompañada de reconocimiento en España mediante exequátur (para reconocer la validez de la sentencia y permitir su ejecución en España). En caso de que la resolución provenga de un procedimiento equiparable a un procedimiento español de jurisdicción voluntaria, bastará un control incidental para inscribirla.

La doctrina que ha estudiado la Instrucción, se posiciona como contraria a ella por favorecer el fraude de ley, dando cobertura a un turismo reproductivo que trata de evitar la LTRHA. Además de la discriminación que supone entre los españoles que tienen posibles para acceder a un contrato de maternidad subrogada en otro país, respecto de aquellos que no, o de aquellos que simplemente lo intentan en España. A juicio de Vela Sánchez, es el propio principio constitucional de igualdad, el que impide la aplicación de la Instrucción, además de ser un error del Ministerio de Justicia, el considerar a través de la DGRN, que las normas reglamentarias pueden emplearse contra Derecho vigente, vulnerando (a discreción) el sistema de fuentes que establece nuestra Constitución.⁴¹ Y así es como la Instrucción administrativa de la DGRN no constituye, fuente de Derecho alguna.

Genaro y Bienvenido recurrieron la sentencia del Juzgado de Valencia ante la Audiencia Provincial que tuvo que confirmar aquella,⁴² que ordenaba dejar sin efecto la inscripción de los mellizos. Y al interponer recurso de casación ante el TS, éste fallo de la misma forma,⁴³ sobre la base de los mismos argumentos, que resumidamente son:

- Principio constitucional de jerarquía normativa. El RRC no puede invocarse para contradecir la LRC.
- La certificación registral californiana viola el orden público internacional español (artículos 954.3º LEC 1881;⁴⁴ artículo 23 Ley de Adopción Internacional⁴⁵ y artículo 34.1º Reglamento 44/2001 del Consejo, relativo

⁴¹ VELA SÁNCHEZ, A.J. *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*. Editorial Comares S.L., Granada, 2012, p. 56.

⁴² Disponible en: <http://elderecho.com> EDJ 2011/280304 SAP Valencia de 23 de noviembre 2011.

⁴³ Disponible en: <http://elderecho.com> EDJ 2014/7037 STS Sala 1 Pleno de 6 de febrero 2014.

⁴⁴ Artículo 954.3º LEC 1881: «Si no estuviera en ninguno de los casos de que hablan los tres artículos que anteceden, las ejecutorias tendrán fuerza en España si reúnen las circunstancias siguientes: ... 3º Que la obligación para cuyo cumplimiento se haya procedido sea lícita en España».

⁴⁵ Artículo 23 Ley de Adopción Internacional: «En ningún caso procederá la aplicación de una ley extranjera cuando resulte manifiestamente contraria al orden público internacional español. A tal efecto se tendrá en cuenta el interés superior del menor y los vínculos sustanciales del supuesto

a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil⁴⁶).

- El artículo 10 LTRHA es una norma de policía, esencial para la salvaguardia de los intereses del país, «hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación».⁴⁷
- El matrimonio ha huido de la norma española para poner en manos de la autoridad californiana la determinación de la filiación.
- No hay infracción del principio de igualdad, pues las parejas de mujeres, no requieren de otra que geste.
- Argumentar «el interés superior del menor» no puede servir para hacer tabla rasa de cualquier vulneración de los demás bienes jurídicos tomados en consideración por el ordenamiento. Menos cuando la propia ley establece otras vías para protegerlo, véase la adopción.

Los bebés ya no son tan bebés, sus padres no pueden ser sus padres, y su madre nunca quiso serlo.

Conviene decir que, según voces autorizadas como Lamm y Bonillo Garrido, en la actualidad, nuestros Juzgados y Tribunales están comenzando a dar pasos claros en cuanto a la homologación en España de sentencias extranjeras relativas a la filiación de menores que han sido concebidos por media de esta técnica, en atención a que lo que realmente debe primar en estos supuestos es el interés superior del menor.⁴⁸

3.3. La maternidad subrogada internacional en la nueva Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil⁴⁹

La nueva LRC dedica su Título X a recoger las normas de Derecho Internacional Privado. Sin embargo el problema de la maternidad subrogada no aparece ni el texto legal, ni en los diarios de sesiones de las comisiones en que fue discutida. Quizás la intención fuera regularla sin nombrarla, para esquivar el debate público.

Queda fuera de toda duda, que la filiación de los hijos habidos en el extranjero mediante contrato de gestación de sustitución sería materia que, a partir de la entrada en vigor de la Ley, habrá de regularse por lo que en ella se disponga, al constituir aquel contrato una relación jurídica de Derecho Internacional Privado. En consecuencia, dejaría de aplicarse la instrucción de la DGRN de 2010 (al menos, en lo que fuera contraria a la nueva regulación), pues siendo el contenido de ambas diverso, el conflicto entre las dos regulaciones habría de resolverse a favor de la Ley de mayor rango, más aún habida cuenta de que ésta acoge ahora específicamente la regulación de los problemas del Derecho Internacional Privado.⁵⁰ ¿En qué posición quedaría la inscripción de aquella filiación?

con España. Los aspectos de la adopción que no puedan regirse por un Derecho extranjero al resultar éste contrario al orden público internacional español, se regirán por el Derecho sustantivo español».

⁴⁶ Artículo 34.1º Reglamento 44/2001: «Las decisiones no se reconocerán: 1º Si el reconocimiento fuera manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro requerido».

⁴⁷ Artículo 9.1 del Reglamento (CE) 593/2008, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: una disposición cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación».

⁴⁸ LAMM, E. *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 2013, p. 95; y BONILLO GARRIDO, L. "El reconocimiento y ejecución de sentencias de maternidad por sustitución", *Diario la Ley, número 8070, Sección Tribuna*, 25 de abril de 2013, año XXXIV, pp. 1-2.

⁴⁹ Disponible en: http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2011-12628

⁵⁰ ALBERT MÁRQUEZ, M.M. "Los contratos de gestación de sustitución celebrados en el extranjero y la nueva Ley del Registro Civil", *Diario La Ley, número 7863, Sección Doctrina*, 22 de mayo de 2012, año XXXIII.

El artículo 98⁵¹ está dedicado a la regulación de la «Certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros» (donde sin duda se ubica la certificación registral de la filiación de los hijos habidos mediante gestación de sustitución en el extranjero). Según éste, y siguiendo a Albert Márquez, habrá de realizarse un examen de carácter formal, excluyendo así tanto la exigencia de realidad del hecho inscrito como la de su legalidad conforme a nuestro Derecho. Se exige que el Registro extranjero tenga «análogas garantías». Para saber cuáles son esas garantías, tenemos que acudir a los principios de funcionamiento del Registro Civil establecidos por esta nueva ley. Es el artículo 13 el que dispone: «Los Encargados del Registro Civil comprobarán de oficio la realidad y legalidad de los hechos y actos cuya inscripción se pretende, según resulte de los documentos que los acrediten y certifiquen, examinando en todo caso la legalidad y exactitud de dichos documentos». Si sumamos estos dos artículos, el resultado demuestra que la legalidad y realidad exigida, no debe ser exactamente la misma que la exigida por nuestro Derecho, sino análoga, semejante. Y además ocurre que ese control, se llevará conforme al Derecho interno del Estado al que pertenezca el Registro, sobre la base de sus documentos y dentro del margen establecido por su propio Derecho. Esta interpretación deja en fuera de juego la posible irrupción del artículo 10 LTRHA (salvo que el hijo tuviera la nacionalidad española, entonces le sería aplicable ésta legislación). Se aplicarían las normas de filiación del lugar de celebración del contrato, con la exigencia de respetar la difusa obligación del artículo 98 de la nueva LRC de «Que la inscripción del documento extranjero no resulte manifiestamente incompatible con el orden público español». En tanto se permite la adopción, cabría argumentar que no existe esa manifiesta incompatibilidad.

Según el artículo 98.2, la certificación registral extranjera, que no es más que mero reflejo de una resolución judicial anterior, será la que acceda al Registro. Éste remite al artículo 96 en cuanto a los procedimientos de acceso, que establece que la inscripción de las resoluciones judiciales extranjeras podrá llevarse a cabo mediante exequátur o ante el encargado del Registro Civil, que la realizará tras verificar:

- «La regularidad y autenticidad formal de los documentos presentados.
- Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española.
- Que todas las partes fueron debidamente notificadas y con tiempo suficiente para preparar el procedimiento.
- Que la inscripción de la resolución no resulta manifiestamente incompatible con el orden público español».

Así, el hecho de que la certificación registral extranjera relativa al tema que tratamos, no sea más que mero reflejo de una resolución judicial previa, llevaría a la

⁵¹ Artículo 98: «1. La certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros es título para la inscripción en el Registro Civil español siempre que se verifiquen los siguientes requisitos: a) Que la certificación ha sido expedida por autoridad extranjera competente conforme a la legislación de su Estado. b) Que el Registro extranjero de procedencia tenga, en cuanto a los hechos de que da fe, análogas garantías a las exigidas para la inscripción por la ley española. c) Que el hecho o acto contenido en la certificación registral extranjera sea válido conforme al ordenamiento designado por las normas españolas de Derecho internacional privado. d) Que la inscripción de la certificación registral extranjera no resulta manifiestamente incompatible con el orden público español. 2. En el caso de que la certificación constituya mero reflejo registral de una resolución judicial previa, será ésta el título que tenga acceso al Registro. Con tal fin, deberá reconocerse la resolución judicial de acuerdo a alguno de los procedimientos contemplados en el artículo 96 de la presente Ley. 3. Se completarán por los medios legales o convencionales oportunos los datos y circunstancias que no puedan obtenerse directamente de la certificación extranjera, por no contenerlos o por defectos formales que afecten a la autenticidad o a la realidad de los hechos que incorporan».

autoridad registral a desplazarse hacia el artículo 96, viéndose obligado a inscribir la resolución judicial en virtud de la cual se reconoce la filiación de los nacidos mediante gestación de sustitución, incluso, en favor de dos varones.

Para Albert Márquez la clave de la solución al problema de cómo quedarían reguladas estas inscripciones en la nueva LRC es la interpretación que se haga de la expresión «análogas garantías» (artículo 98.1.b): ¿Implica esto una exigencia de realidad y legalidad, o no necesariamente?; ¿de qué legalidad y de qué apreciación de la realidad hablamos?; ¿de la establecida en nuestro Derecho o de la legalidad propia del Estado donde se celebró el contrato? También es decisiva la interpretación del término «orden público español» (artículo 96.2.2º.d): ¿Puede entenderse que un contrato de gestación de sustitución no es manifiestamente contrario a nuestro orden público?⁵²

Farnós también entiende que lo fundamental del artículo 98 es que atribuye el control sustantivo a la ley del lugar del Registro, e intuye el punto clave de todo el asunto en la interpretación del orden público español, en tanto podría permitir o no la invocación del artículo 10 LTRHA.⁵³

En relación con ello, Vaquero López sostiene, que el principio del interés superior del menor que informaba la instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, ordenando, sin prejuzgar la cuestión de fondo, la inscripción en el Registro Civil español de los españoles nacidos en el extranjero mediante esta técnica, siempre y cuando exista una decisión judicial extranjera que determine dicha filiación, es el que ahora debe informar el artículo 96, permitiendo una aplicación atenuada del orden público. Procediendo así la inscripción de la resolución que determine la filiación, siempre que se cumplan las demás condiciones de reconocimiento exigidas.⁵⁴

Así, queda claro que la aceptación o no de la inscripción de las resoluciones extranjeras que determinen la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución dependerá de qué entendamos por «análogas garantías» y de que consideremos que su admisión supone o no un acto «manifiestamente incompatible con el orden público español». ¿Quiso el legislador evitar el debate social no haciendo mención alguna a la maternidad subrogada, pero depositando las herramientas para ir permitiendo su entrada en nuestro Derecho? ¿O quiso dejar claro que no existe, a los ojos de la ley española, otra posibilidad que no sea la estricta aplicación del artículo 10 LTRHA? ¿Qué es incompatibilidad manifiesta?

4. La necesidad de regulación

La necesidad de regular la maternidad subrogada en España, es criterio compartido por la doctrina.⁵⁵ La revisión de la radical prohibición es el problema que ha de afrontarse, por medio de una legislación justa, uniforme, coherente e igualitaria, que debe entender que la gestación por sustitución es una realidad, y que se está llevando a cabo generando conflictos que podrían ser evitados con una regulación legal que la controle y que resuelva los problemas que ocasione. Que debe entender que se hace desde diferentes gamas sociales y de pensamiento, con el respaldo de la comunidad científica, y con la única crítica explícita de feministas radicales y ultraconservadores católicos.⁵⁶ Aunque la contratación del cuerpo humano no puede convertirse en feudo para el enriquecimiento, el Derecho no puede dejar de regular dicha conducta. No debe hacerlo prohibitivamente, pues la realidad, todo lo hasta aquí analizado, pone de

⁵² ALBERT MÁRQUEZ, M.M. "Los contratos de gestación de sustitución celebrados en el extranjero y la nueva Ley del Registro Civil", *Diario La Ley*, número 7863, Sección Doctrina, 22 de mayo de 2012, año XXXIII.

⁵³ FARNÓS AMORÓS, E. Surrogacy arrangements in a global world: the case of Spain, *International Family Law*, marzo de 2013, p. 71.

⁵⁴ VAQUERO LÓPEZ, C. "Maternidad subrogada, orden público y Ley del Registro Civil", *LEX NOVA blogs*, 27 de abril de 2012.

⁵⁵ Véase VELA SÁNCHEZ, A.J. *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*. Editorial Comares S.L., Granada, 2012, pp. 64-67.

⁵⁶ CERDÀ 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", *Diario La Ley*, número 4893, Sección Tribuna Abierta, segundo trimestre de 2011, pp. 1-9.

manifiesto que no está siendo eficaz, pues siendo posible, siempre habrá quien necesite recurrir a dichos servicios y quien quiera prestarlos. Entonces es cuando la prohibición fomenta la generación de un mercado negro, rentable para quienes se aprovechan de estas situaciones de vulnerabilidad. La realidad y la globalización han desbordado la prohibición, sin ninguna duda. Su continuidad sólo podrá traer consecuencias injustas y graves perjuicios para los nacidos, para sus padres, para sus gestantes y para la sociedad, tanto si la apoyan como si no.

Así, no habiéndose demostrado que la gestación por sustitución atente o perjudique la salud psíquica de los involucrados, y ante la evidencia de que la regulación es el mejor camino para proteger el interés superior de los niños, para asegurar los derechos reproductivos como derechos humanos, para controlar las posibles situaciones de explotación, para limitar el turismo reproductivo, en definitiva para la evolución social, ¿hay alguna alternativa?

CAPÍTULO III. DERECHO COMPARADO⁵⁷

Una vez estudiada la situación española, ha lugar a un breve estudio de derecho comparado por medio del análisis legislativo de algunos países que regulan la materia, escogidos con la intención de mostrar las diferencias que se dan dentro de tendencias comunes. Como en muchas otras situaciones, el Derecho no muestra una respuesta única ante esta realidad, en tanto las posturas de los países reguladores se pueden dividir en tres grandes grupos: 1) Prohibición de la maternidad subrogada; 2) Admisión de la maternidad subrogada cuando es altruista y; 3) Admisión amplia de la maternidad subrogada. Dedicaremos un cuarto apartado para estudiar las diferentes consideraciones que pueden existir dentro de un mismo país, a través de la exposición del asunto en los sistemas federales. Para su análisis, seguiremos de forma sustancial el estudio realizado por Eleonora Lamm, en cuanto una de las mayores expertas en la materia a nivel internacional, Subdirectora de Derechos Humanos en la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, investigadora, y profesora de Bioética y Derecho en la Universitat de Barcelona, entre otras cosas.⁵⁸

1. Prohibición de la maternidad subrogada

1.1. Francia

El Comité Consultivo Nacional de Ética francés en sus Opiniones sobre la materia, se ha manifestado en contra de ésta práctica. Defiende, sobre el argumentario de que puede servir a intereses comerciales, llevando a la explotación de las mujeres involucradas, que la gestación por sustitución es contraria a la dignidad humana y que puede causar graves secuelas emocionales en los hijos.

El CC francés, por su parte, establece (artículo 16.7), en consonancia con nuestra regulación, que «todo convenio relativo a la procreación o la gestación por cuenta de otro será nulo», nulo por razones de orden público. Mientras, su CP castiga con prisión y multa a los que actúen como intermediarios entre gestante y comitente, estableciendo que si existe finalidad de lucro, las penas han de doblarse (artículo 227.12) Esta iniciativa de considerar delito la actuación de quienes se enriquecen ofreciendo los servicios de una gestante, es opinión consolidada en un sector doctrinal de nuestro país.⁵⁹ El CP francés castiga además, la sustitución voluntaria, la simulación o el engaño que hayan causado un atentado al estado civil de un niño, así como la tentativa (artículo 227.13) Por último, sanciona (artículo 511.24) «el hecho de proceder a actividades de reproducción médicamente asistida con fines distintos a los definidos por el artículo L. 152.2 del Código de Salud Pública...».

⁵⁷ Véase LAMM, E. *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 2013, pp. 118-214.

⁵⁸ Currículum de E. Lamm disponible en: <https://ar.linkedin.com/pub/eleonora-lamm/35/1ab/317>

⁵⁹ Véase VELA SÁNCHEZ, A.J. *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*. Editorial Comares S.L., Granada, 2012, p. 29.

1.2. Alemania

En Alemania, la ley de adopción prohíbe y castiga la gestación por sustitución, en general, pero es la ley de protección del embrión, número 745/90, de 13 de diciembre de 1990, en su artículo 1º, titulado «Utilización abusiva de las técnicas de reproducción» la que detalla las conductas merecedoras de sanción: (aquel que)

- «Procediera a transferir a una mujer el óvulo de otra.
- Fecundara artificialmente un óvulo con fines distintos que los de iniciar un embarazo en la mujer de quien proviene el óvulo.
- Extrajera de una mujer un embrión antes de su implantación en el útero con vistas a transferirlo a otra mujer o utilizarlo con un fin distinto al de su protección.
- Fecundara artificialmente o transfiriera un embrión a una mujer dispuesta a entregar el niño a terceros tras su nacimiento.
- Introdujera artificialmente un espermatozoide humano en un óvulo humano, con un fin distinto que el iniciar un embarazo en la mujer de donde proviene el óvulo».

Y estableciendo expresamente que no se castigará ni a la mujer gestante ni a la comitente.

1.3. Suiza

Queda prohibida la maternidad subrogada por su Constitución Federal, que de forma tajante establece (artículo 119.2.d.): «La donación de embriones y todas la formas de gestación por sustitución están prohibidas». Castigando la Ley Federal sobre procreación medicamente asistida (artículos 4 y 31), con prisión o multa, a quien solicite la realización de aquella técnica, así como a los intermediarios.

1.4. Italia

Conforme a la Ley número 40 de 19 de febrero de 2004, sobre normas en materia de procreación médica asistida, queda prohibido recurrir a cualquier técnica de procreación medicamente asistida de tipo heteróloga,⁶⁰ lo cual supone la prohibición de la gestación por sustitución. Pero es el artículo 12.6 el que establece expresamente la nulidad del convenio en cualquiera de sus modalidades, castigando con pena de prisión y multa, a quien, de cualquier modo, realice, organice o publicite la maternidad subrogada.

Bien es cierto que, una sentencia del tribunal civil de la ciudad de Roma, de 17 de febrero de 2000, autorizó a una pareja a utilizar los servicios de una madre sustituta. Ello se debió a que se trataba de una mujer que, debido a una malformación genital, no podía llevar adelante un embarazo, aunque sí producir ovocitos, por lo que se le permitió, en tanto se llevaba a cabo «por amor y no por dinero». Aunque después la gestante debía renunciar a la maternidad y los padres proceder a adoptar al nacido.⁶¹

1.5. Austria

Ni la donación de ovocitos ni de embriones, es posible en Austria, ello según la ley de medicina reproductiva de 1992. Ésta sólo permite el uso de los gametos de la pareja que se somete a la técnica de reproducción asistida (artículo 3.1), salvo que el hombre sea estéril (artículo 3.2), en cuyo caso se autoriza la donación de semen, pero que sólo podrá ser utilizado mediante IA.

Conviene hacer notar que la legislación austríaca, por únicamente tolerar técnicas heterólogas en determinadas situaciones, fue cuestionada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Finalmente quedó en nada, pues la Gran Sala concluyó que los legisladores hilaron fino al tratar un tema polémico con grandes interrogantes éticos, pero subrayando la importancia de que la ley avance al paso de la ciencia.

2. Admisión de la maternidad subrogada cuando es altruista

Dentro de las legislaciones que admiten la maternidad subrogada se observan dos grandes grupos: 1) Un primer grupo (en que se ubica, por ejemplo, Reino Unido), cuya

⁶⁰ Se entiende por técnica heteróloga aquella en la que uno de los gametos, o ambos, proceden de donantes ajenos a la pareja.

⁶¹ Véase VELA SÁNCHEZ, A.J. *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*. Editorial Comares S.L., Granada, 2012, p. 37.

regulación define un procedimiento para que los comitentes obtengan la paternidad del nacido como consecuencia de un acuerdo que transfiere la filiación posparto; 2) Un segundo grupo (Israel, por ejemplo) que establece un proceso de preaprobación del acuerdo, que comitentes y gestante deben presentar ante un organismo para que lo apruebe antes de iniciar el tratamiento.

2.1. Reino Unido

En Reino Unido, la gestación por sustitución se halla muy intervenida. Se encuentra ordenada en la *Surrogacy Arrangements Acts* de 1985, la *Adoption and Children Act* de 2002, la *Human Fertilisation and Embryology Act* de 2008 (en adelante, HEFA) y otros instrumentos como la *Fertilisation and Embryology (Parental order) Regulations* de 2010.

Muy influenciada por el informe Warnock, que recomendó declarar ilegal todo acuerdo de gestación por sustitución, y sancionar criminalmente la creación de establecimientos comerciales que recluten gestantes, la *Surrogacy Arrangements Act*, aprobada en 1985 para el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, sanciona penalmente la publicidad y la gestión comercial para la realización de acuerdos de maternidad subrogada. Ahora bien, se admite la gestación por sustitución justificada por motivos médicos, que no implique ejecutar un contrato. El servicio debe ser a título gratuito, sin intermediarios, admitiéndose el pago a la gestante de gastos razonables que se deriven de la gestación, lo cual no privaría del elemento de gratuidad.

En su sistema, la filiación se determina por el parto, independientemente de que la que lo lleva a cabo sea o no la mujer que aporta el material genético. Si está casada, su marido será considerado padre legal del niño, a menos que se demuestre que no dio su consentimiento para la gestación por sustitución. En este caso la filiación se transfiere a los comitentes, si éstos lo solicitan ante los tribunales, pasado un período de reflexión de seis semanas que es derecho de la gestante. Así, el juez procederá a establecer la filiación del nacido respecto de los comitentes, transfiriendo la inicialmente establecida en favor de la gestante, por medio de una *parental order*, provocando así, la concurrencia de dos actas de nacimiento.

En caso de que la gestante no se halle casada, ni en una unión civil, el comitente aportante de semen, será declarado padre legal de la criatura, automáticamente, sin depender de ningún consentimiento por parte de la gestante. Tras ello, el comitente que no aportó el semen (caso de donante de semen o de pareja homosexual de varones), o la mujer comitente, serán designados padres legales, si tanto la gestante como esta parte consienten. Para ello, la parte comitente habrá de rellenar el formulario «SSP Su consentimiento para ser el padre legal en caso de *surrogacy*» y la gestante el «SWP Su consentimiento para nombrar a un comitente para ser padre legal».

Es importante observar que en cualquier caso, la gestante siempre es la madre, y que para transferir la filiación se requiere la tramitación de la *parental order*, y por ende, su consentimiento. Ello supone que, a diferencia de regulaciones que consideraremos a continuación, el Reino Unido permite a la gestante cambiar de opinión antes y durante un período después de dar a luz, examinando el consentimiento de la partes y evaluando el interés superior del niño tras su nacimiento.

Pero para el otorgamiento de la *parental order*, la HEFA exige que se cumplan una serie de cuestiones:

Al menos uno de los comitentes debe aportar su material genético, evidencia que ha de demostrarse ante el tribunal. Los comitentes deben ser esposos, constituir una unión civil o ser dos personas que vivan como pareja en una relación familiar duradera, y no se encuentren en grados prohibidos de parentesco. Además, ha de tratarse de personas mayores de 18 años, al momento de solicitar la orden, y tanto cuando se solicita como cuando se otorga, el hogar del niño debe ser el de los comitentes. La *parental order* debe solicitarse dentro de los seis meses al nacimiento del niño, sin que quepa prórroga, lo cual puede ser un problema cuando cuestiones de inmigración supongan un retraso. También, tanto en el momento de solicitud, como en el de concesión, al menos uno de los comitentes ha de estar domiciliado en el Reino Unido. Por otro lado, el tribunal debe asegurarse de que tanto la gestante, como su esposo, si lo

hubiera, han consentido libre, incondicionalmente, y con plena comprensión. Consentimiento que sólo se reputará válido si se ha producido transcurridas seis semanas del nacimiento. Por último, la ley autoriza el pago de gastos razonables, no cabiendo ninguna otra remuneración, salvo autorización judicial, que tiene la facultad de autorizar pagos que excedan de aquéllos en forma retroactiva.

2.2. Canadá

La Ley canadiense de reproducción humana asistida, la *Assisted Human Reproduction Act* de 2004, prohíbe pagar u ofrecer pagar a una mujer para que actúe como gestante, pagar u ofrecer pagar a una persona para que organice esos servicios, o asistir a una mujer para que actúe como gestante cuando se sabe o se tiene razones para creer que es menor de 21 años. Por ello, se entiende que no se prohíbe la maternidad subrogada altruista, aunque el contrato que la prevé no es ejecutable como tal. Esto es, la Ley no se refiere a la validez o invalidez de dichos acuerdos, pero la jurisprudencia, en general, decide en favor del mejor interés del niño.

Canadá establece la responsabilidad de las provincias para entender acerca de la validez de estos contratos y sus consecuencias en la filiación. Así, dependerá de la provincia en que nazca el bebé, el quién debe gobernar el proceso. Pero, bien es cierto que la gran mayoría de provincias carece de solución legal expresa que defina la filiación tras un acuerdo de gestación por sustitución. Quebec, por ejemplo, determina la nulidad de este tipo de contratos, pero recurre a la adopción por consentimiento especial para establecer la filiación en favor de los comitentes. Por otro lado, Alberta y British Columbia los permiten.

2.3. Grecia

La legislación griega somete la maternidad subrogada al cumplimiento de una serie de requisitos. El artículo 1458 de la Ley 3089/2002 que modifica el CC griego establece: «La transferencia de un óvulo fertilizado a otra mujer y su embarazo deberá ser permitida por autorización judicial expedida antes de la transferencia, la cual será dada previo acuerdo escrito y sin beneficios económicos entre las partes implicadas. La autorización judicial será expedida seguida de un escrito presentado por la mujer que quiere tener un hijo en el que conste evidencia que demuestre no sólo que ella es medicamente incapaz de concebir un hijo, sino también que la gestante goza de buena salud y es capaz de concebir». Los requisitos para que se conceda la autorización, establecen que la comitente debe probar que no es capaz de llevar a término un embarazo; y no sobrepasar los 50 años; la gestante, por su parte, ha de probar su sanidad; no pudiendo aportar el óvulo; y si está casada, se requiere el consentimiento escrito de su marido. Tanto gestante como comitentes han de ser ciudadanos griegos o residentes permanentes en Grecia, para evitar el turismo reproductivo.

El proceso para la obtención de dicha autorización ha de ser iniciado por la comitente, pues como se desprende del artículo redactado, hablamos de dos mujeres, gestante y comitente. El hombre no tiene derecho alguno para iniciar el proceso de solicitar aquella, de forma que su paternidad se determinará indirectamente, sobre la base de la maternidad legal de su pareja. Es por ello por lo que, según la legislación griega, un hombre solo no podría iniciar el proceso para obtener la autorización requerida. Sin embargo dos casos legales catalogaron de inconstitucional y discriminatoria esta disposición, pero aun así, no sería posible el acceso a las parejas homosexuales, ni de hombres ni de mujeres.

Autorizado el acuerdo y una vez realizada la implantación, tanto la gestante como la comitente pierden su derecho a cambiar de opinión, debiendo cumplir con los términos del acuerdo. Los comitentes son padres legales desde el preciso instante en que el niño nazca. Si bien se capacita, antes del transcurso de los seis primeros meses desde el nacimiento, a gestante y comitente para impugnar la maternidad legal, sobre la base de que se trate de un caso de maternidad subrogada tradicional. En ese caso, la gestante será considerada madre legal con efecto retroactivo al momento del nacimiento.

Por último, remarcar que la Ley griega prohíbe la remuneración, pero salva la posibilidad de que se produzca una indemnización razonable por la pérdida de salarios y por los gastos que produce el objeto del acuerdo.

2.4. Brasil

En Brasil, la gratuidad supone un presupuesto de legalidad, pues se prohíbe expresamente el carácter lucrativo. Pese a no existir una ley específica, el Consejo Federal de Medicina ha regulado la materia en base a resoluciones. Aquí sí se declara que puede ser comitente cualquier persona, con independencia de su estado civil u orientación sexual.

La resolución vigente⁶² capacita a los centros de reproducción humana asistida a «crear situaciones de gestación de sustitución», siempre que exista algún problema médico que impida o contraindique a la comitente la gestación, o en caso de «unión homoafectiva».

La gestante debe pertenecer a la familia de uno de los comitentes, en relación de parentesco hasta el cuarto grado, y nunca podrá superar el límite de los 50 años de edad. Se prohíbe el carácter comercial de la técnica, así como se exige al centro una serie de documentos y observaciones, como por ejemplo, informe psicológico, formulario de consentimiento informado firmado, contrato entre los pacientes estableciendo la filiación del niño, la imposibilidad de interrupción del embarazo después de iniciado el proceso, salvo en los casos previstos por la ley o autorizados por el juez, la garantía del registro civil de los niños por los comitentes, debiendo esta documentación ser proporcionada durante el embarazo, etc. Además, si la gestante está casada o tiene pareja, se requerirá su autorización escrita.

Al tratarse de una simple resolución, no tiene fuerza de ley, por lo que su incumplimiento sólo generaría sanciones administrativas. Así, no cabe decir que fuera de estos casos, se trate de una actividad prohibida. Además, aunque así fuera, la fuerza del Código de Ética Médica, se limita sólo a los médicos, sin perjuicio de la falta de supervisión en cuanto a clínicas especializadas en esta área.

2.5. Israel

En Israel, la maternidad subrogada se regula en la Ley 5756 sobre acuerdos de gestación por sustitución de 1996, que prevé un sistema de preaprobación del acuerdo por un comité formado por dos ginecólogos y obstetras, un especialista en medicina interna, un psicólogo clínico, un trabajador social, un representante de la religión de las partes y un jurista. Mínimo tres mujeres y tres hombres. Comité que sólo aceptará pagos mensuales a la gestante cuando se trate de cubrir gastos derivados de la realización acuerdo.

Los comitentes deben ser pareja, casada o no, de hombre y mujer, debiendo acreditar ésta su infertilidad o incapacidad de gestar. La ley exige que el material genético utilizado sea de la madre comitente o de otra mujer, que no puede ser la gestante, y esperma del comitente, de lo contrario el hijo se considerará ilegítimo.

En cuanto a la gestante, ésta no puede estar relacionada, salvo adopción, con la comitente. Debe tener entre 22 y 38 años, y ser soltera o divorciada, aunque el comité puede aprobar el acuerdo tratándose de una mujer casada, siempre que los comitentes acrediten que hicieron todo lo posible por celebrarlo con una soltera. Además debe tener un hijo propio, pero no más de tres, y no debe haber actuado más de dos veces como gestante. En caso de que alguna de las partes fuese judía, la ley exige que la otra parte también lo sea.

El embarazo tiene que provocarse en un hospital público autorizado, debiendo informarse a las autoridades sociales, del embarazo, del día estimado de parto, al quinto mes, y del parto dentro de las veinticuatro horas posteriores al mismo, pues son los que guardarán al niño hasta que se pronuncie el juez. Así la filiación del nacido requiere autorización por orden judicial. Los comitentes deben iniciar el procedimiento para

⁶² Resolución número 2013/13 de 16 de abril de 2013 del Consejo Federal de Medicina.

obtener una orden parental, dentro de la primera semana al nacimiento, la cual será concedida salvo que el interés superior del niño determine lo contrario.

La gestante no puede resolver el contrato, salvo que el tribunal considere que ha habido un cambio en las circunstancias que lo requiera, y sólo se hará si redundará en el mejor interés del niño. Pero nunca podrá resolverse una vez concedida la orden parental.

La Ley 5756 sólo ha sido aplicada a los acuerdos llevados a cabo dentro de Israel. No obstante, el Ministerio de Justicia determinó que la ley no prohíbe la maternidad subrogada extraterritorial, por lo que ha sido utilizada por parejas del mismo sexo que no pueden realizar estos acuerdos bajo la 5756. En aquellos supuestos, para que el nacido pueda ser registrado, Israel exige que se pruebe vínculo genético con alguno de los comitentes, que será considerado padre natural, mientras, el otro deberá acudir a la institución de la adopción. Situación un tanto absurda si se tiene en cuenta que uno de los motivos por los que se sancionó la ley israelí fue para evitar que las personas acudiesen a la maternidad subrogada en el extranjero.

3. Admisión amplia de la maternidad subrogada

3.1. Rusia

La regulación de la maternidad subrogada en Rusia se hace por medio del Código de Familia de la Federación de Rusia de 1995, la Ley Federal de salud de 2011, la Ley Federal sobre actos de Registro del estado civil de 1997 y la Orden n° 67 del Ministerio de Salud Pública de la Federación de Rusia sobre la aplicación de las técnicas de reproducción asistida en el tratamiento de la infertilidad femenina y masculina de 2003.

Los pagos no se regulan, y de ello se deriva la consideración de que la gestación por sustitución comercial es admitida. A pesar de ello, las remuneraciones suelen hacerse de forma oculta, pues no está claro que opinarían los tribunales en caso de conflicto, y en tanto suponen un ingreso para la gestante, ingreso que se debería sujetar a impuesto.

En Rusia, para ser gestante se requiere tener entre 20 y 35 años; haber tenido al menos un hijo propio sano; y tener buena salud. Además, si la que pretende ser gestante está casada, necesita el consentimiento de su marido. La Federación rusa sólo admite la maternidad subrogada gestacional, prohibiéndose así a la gestante, que aporte su propio material genético.

Pueden ser comitentes, las parejas casadas y no casadas, así como las mujeres solas. Nada dice la legislación acerca de los hombres solos y por ello algunos autores determinan, que en el caso de que no se les permita el acceso, se trataría de un trato discriminatorio contrario a la Constitución.

Queda completamente prohibida cualquier disposición que impida a la gestante interrumpir el embarazo.

En cuanto a la filiación, para la inscripción como padres de los comitentes, se requiere el consentimiento de la gestante, entendemos pues, que se trata de un requisito que deriva de la regla *mater semper certa est*. Si la gestante presta su consentimiento, el estado del niño y los derechos y deberes paternos serán los mismos que en caso de concepción natural, al igual que el procedimiento para el registro, salvo el requisito de que los comitentes deben presentar nota oficial de la clínica que confirme el consentimiento de la gestante. Pero, si la gestante decide quedarse con el nacido, será ella la que quede registrada como madre legal. Y, si está casada, su marido será el padre legal, al haber prestado consentimiento.

3.2. Ucrania

Ucrania es quizás el país más liberado en esta materia, pues su CC sostiene, bajo el título «el derecho a la vida», cuyas disposiciones se refieren a cualquier persona física sin importar su nacionalidad, que «una mujer adulta o un hombre tiene derecho a ser curado por medio de técnicas de reproducción asistida sujetas a las indicaciones médicas y en los términos y según el procedimiento prescrito por la ley» (artículo 281.7).

Al no prohibir la maternidad subrogada comercial, y establecer el principio de libertad contractual como base de la legislación civil, se considera la misma completamente legal.

A la hora de determinar la filiación, su Código de Familia dispone que (artículo 132.2) «si un embrión concebido por los cónyuges (un hombre y una mujer) por medio de técnicas de reproducción asistida se ha transferido al cuerpo de otra mujer, los padres del niño serán el matrimonio», impidiendo a su vez, la posibilidad de que la gestante reclame la filiación respecto del nacido con material genético de los comitentes. Por medio de aquella redacción, impide que matrimonios homosexuales, casados bajo una jurisdicción que lo permite, puedan ser comitentes.

Siguiendo con los comitentes, la pareja ha de estar casada, y han de ser incapaces de concebir, o de llevar un embarazo, o de dar a luz de forma natural. Además, para ser registrados como padres legales, deben presentar ante el registro, un certificado que determine que el material genético utilizado pertenece al menos, a uno de ellos, hecho que supone un requisito legal para reconocer la filiación.

En cuanto a la gestante, ha de ser adulta, competente, haber tenido mínimo un hijo propio y sano, buena salud, y sin contraindicaciones médicas. Por otro lado, debe otorgar consentimiento.

3.3. India

En India, a pesar de no existir ley reguladora, la maternidad subrogada es una realidad, y es por eso por lo que se considera legal la modalidad comercial, pues no hay ley que la prohíba. Existe un proyecto de ley elaborado por el Consejo Indio de Investigación médica, que de hecho establece que la gestación por sustitución comercial es plenamente legal, pero aún no ha sido aprobado. Hasta entonces esta materia se regula por medio de las Guías nacionales para la acreditación, supervisión y regulación de las clínicas de técnicas de reproducción asistida en la India, que establecen que la retribución ha de determinarse de común acuerdo.

Éstas disponen, con respecto a la gestante, que no puede tener más de 45 años, debe someterse a prueba de VIH, y en caso de ser pariente de los comitentes, debe pertenecer a la misma generación. Se prohíbe que una mujer pueda actuar como gestante más de tres veces. Y en cuanto a los comitentes, sólo se exige que sean incapaces de llevar a término un embarazo.

En cuanto a la filiación, en base a las Guías, se presume que el nacido es «hijo legítimo de la pareja, nacido dentro del matrimonio, con el consentimiento de ambos esposos». Siendo el certificado de nacimiento expedido a nombre de los padres genéticos, por lo que han de presentar prueba de ADN. Esto supone, que si la gestante es la que aporta el óvulo, serán considerados padres legales ésta y el varón comitente (aunque existen casos de hombres solos en que se expide certificado de nacimiento sin mencionar a la gestante).

Resultado necesario de este marco tan flexible es que la India sea uno de los destinos más populares para realizar un acuerdo de este tipo. Hasta 2012 bastaba la visa de turista para que cualquier persona, independientemente de su orientación sexual y estado civil, pudiera ir a la India a realizar un contrato de maternidad subrogada. Pero en aquel año, el Ministerio del Interior ordenó emitir visas médicas para las parejas que pretendían llevar a cabo dicha actividad, y así de alguna manera, regular aquel turismo. Se exige para su concesión, que la pareja lleve casada, al menos, dos años, y que cuente con una carta de la embajada de su país de origen que indique que reconoce la maternidad subrogada, y que permitirá la entrada del nacido como hijo biológico de los comitentes. Causa lógica de la disminución de casos de gestación por sustitución en la India.

4. La maternidad subrogada en los sistemas federales

4.1. Australia

En Australia, salvo en el Territorio del Norte, la maternidad subrogada se encuentra regulada. Es decir, así es en el Australian Capital Territory (en adelante, ACT), y en los estados de Queensland (en adelante, QLD), New South Wales (en adelante, NSW), South Australia (en adelante, SA), Victoria (en adelante, VIC) y Western Australia (en adelante, WA).

Todos los territorios criminalizan la maternidad subrogada comercial. Pero ACT, ALD y NSW llegan incluso a establecer sanciones por los actos realizados, fuera de su jurisdicción, por las personas que ordinariamente residan allí.

Las leyes australianas (salvo VIC y WA, que prevén un procedimiento de aprobación previa) establecen, inspirándose en el Reino Unido, la transferencia de la filiación por medio de la orden parental, basada en el consentimiento a lo largo un proceso con supervisión judicial. Pero su sistema se caracteriza por unos requisitos más complejos.

La primera ley que se introdujo, a la cual fueron siguiendo los estados australianos, fue la del ACT en 2004, sobre la base de la HEFA de 1990 pero con una serie de diferencias considerables. Así, al igual que en Reino Unido, el tribunal está autorizado a transferir la filiación si: el niño tiene entre seis semanas y seis meses de edad; vive con los comitentes; que viven dentro de la jurisdicción; y son dos personas; mayores de 18 años; y al menos uno es padre genético del bebé; y no hubo pago a la gestante. Pero, a diferencia del Reino Unido, esta ley prohíbe a la gestante aportar su material genético, exige que la concepción haya tenido lugar en el ACT, y determina que el tribunal no puede autorizar pagos de forma retroactiva.

Las leyes del ACT y de los estados australianos establecen los siguientes requisitos, que afectan a gestante, comitentes, y al acuerdo en sí. A continuación indicaremos aquéllos, señalando el territorio que lo establece:

- Requisitos de la gestante:
 1. Haber cumplido los 25 años (NSW, QLD, VIC y WA).
 2. Haber dado a luz al menos a un hijo propio (VIC y WA, aunque este último permite su no concurrencia en caso de existir circunstancias excepcionales).
 3. No aportar su material genético (ACT y VIC). Así, a excepción de VIC, el resto de estados siguieron la tendencia liberal del Reino Unido, permitiendo la maternidad subrogada tradicional.
- Requisitos de los comitentes:
 1. Haber cumplido los 18 años (ACT, SA) o al menos uno de los comitentes tener 25 años (QLD, WA). Si son menores de 25 años se les exigirá una serie requisitos adicionales (NSW).
 2. Ser pareja, no una persona sola (SA).
 3. No ser un hombre solo o una pareja homosexual (QLD, NSW).
 4. Estar casado o en una relación heterosexual de hecho por más de tres años (SA).
 5. Ser infértiles o tener necesidad de acudir a la gestación por sustitución (NSW, QLD, SA, VIC, WA).
 6. Todos exigen la residencia dentro de la jurisdicción, aunque QLD permite al tribunal renunciar a este requisito.
 7. Ser considerados idóneos como padres.
 8. Al menos uno aporte su material genético (ACT, SA), salvo que ambos sean infértiles o no deban ser padres genéticas por razones médicas.
- Requisitos del acuerdo:
 1. Escrito (NSW, QLD, SA, WA). Este último exige a los donantes ser parte).
 2. En presencia de abogado (SA).
 3. Todos exigen que debe ser anterior al embarazo.
 4. Todos establecen que las partes han de contar con asesoramiento independiente, señalando QLD, SA, VIC y WA, que debe ser anterior al embarazo.
 5. Todas las partes deben contar con asesoría legal, anterior al embarazo, salvo en VIC (NSW, QLD, SA, VIC, WA).
 6. Tras el parto, debe existir un periodo de reflexión de tres meses, en que la gestante puede decidir entregar o no al niño (WA).
 7. La técnica debe realizarse dentro de la jurisdicción (ACT, SA, VIC, WA).

8. Aplicación previa y aprobación de todas las partes del acuerdo tras una evaluación por un tribunal designado por el gobierno (VIC, WA).
9. Un tribunal debe aprobar el plan para regular el contrato y la comunicación entre las partes, y para determinar la información que se le proporcionará a la criatura (WA).

Advirtamos que QLD y NSW permiten a los tribunales (por ende el resto de estados, así como el ACT, no), en circunstancias excepcionales, dispensar a las partes del cumplimiento de algún requisito, cuando ello supongo velar por el interés superior del menor.

4.2. México

En México, la Constitución Nacional establece que cada Estado es competente para regular en materia civil. Así, existe un CC por Estado, y uno general del Estado de México. Por ello es por lo que no existe unanimidad regulatoria en lo que a la maternidad subrogada se refiere, sino que los distintos códigos ofrecen diferentes soluciones.

Mientras que el CC de Querétaro prohíbe la gestación por sustitución, el de Coahuila declara su nulidad. Para el CC del Estado de Tabasco es válido en tanto se considere altruista. Sin embargo, el de Sinaloa admite ampliamente esta práctica, en cualquiera de sus modalidades.

El CC de Querétaro habla de que (artículo 400) «Las parejas adoptantes de embriones no podrán procurar la maternidad asistida o subrogada, ni contratar el vientre de una tercera mujer para la gestación del embrión». Por su parte, en Coahuila se establece que (artículo 489 y 491) «Todo pacto o convención que verse sobre la procreación o gestación realizado en nombre de otra persona es inexistente. El contrato de maternidad subrogada es inexistente y por lo mismo no producirá efecto legal alguno. Si un óvulo fecundado fuese implantado en una mujer de quien no proviniera el material genético, la maternidad se atribuirá a ésta y no a quien lo aportó».

El CC de Tabasco en su referencia a la gestación por sustitución, distingue entre maternidad subrogada y maternidad gestante sustituta, según la gestante aporte o no su material genético (artículo 92). Entiende por madre gestante sustituta, aquella que aporta la gestación pero no el material genético, y en estos casos la maternidad le corresponde a la comitente, la cual se presume. Presunción que no dependerá de que aquel material genético haya sido aportado por la comitente, es más, si la gestante está casada, no se presumirá la paternidad de su marido, sino que al presumirse la maternidad de la comitente, ella y su marido serán los padres (artículo 347).

Por su parte, madre subrogada es la que aporta tanto la gestación como el material genético. En estos casos, para establecer la maternidad legal de la comitente, se deriva al procedimiento de la adopción plena. Entonces, los comitentes deben reunir los requisitos exigidos por la ley para poder adoptar (artículo 399 y siguientes). Esta adopción sería una especie de adopción por consentimiento especial, es decir, a favor de personas determinadas.

Por último, el Código Familiar del Estado de Sinaloa de 2013, regula la gestación por sustitución, previendo expresamente la posibilidad de que sea comercial, y en su articulado se refiere a la inclusión en su sistema de cualquier modalidad de maternidad subrogada (artículo 284), regulando tanto la maternidad subrogada tradicional («subrogación total»), como la gestacional («subrogación parcial»), refiriéndose además a la subrogación altruista y onerosa. Por otro lado, otorga a la gestante el derecho a demandar a los comitentes el pago de gastos médicos, en caso de enfermedades que deriven de una inadecuada atención y control médico pre y posnatal.

En cuanto a la gestante, debe tener entre 25 y 35 años, al menos un hijo consanguíneo sano y buena salud, además claro está, de haber consentido voluntariamente a ello. Por otro lado, se establece que (artículo 285) «ninguna mujer que padezca alcoholismo, drogadicción, tabaquismo o alguna toxicomanía podrá ser madre subrogada gestante. A ésta se le realizará una visita domiciliaria por personal de la unidad de trabajo social del hospital tratante, para comprobar que su entorno familiar sea estable, libre de violencia y su condición económica y social sea favorable para su

adecuado desarrollo». Además, «la madre subrogada gestante deberá acreditar mediante dictamen médico que no estuvo embarazada durante los trescientos sesenta y cinco días previos a la implantación de la mórula, y que no ha participado más de dos ocasiones consecutivas en dicho procedimiento».

Los comitentes podrán ser parejas, casadas o no, heterosexuales o personas solas. Se exige además, su imposibilidad o contraindicación médica para gestar. Ambas partes deben ser ciudadanos mexicanos.

El contrato habrá de realizarse ante notario, quien debe verificar el cumplimiento de los requisitos, así como que no existe causa de nulidad por la concurrencia de algún vicio de la voluntad, no cumplimiento de exigencias legales o porque se establezcan cláusulas que atenten contra el interés del menor o la dignidad humana.

En cuanto a la filiación, el niño será considerado hijo de los comitentes desde la fecundación, es decir, incluso antes de nacer, aclarando el Código que el certificado de nacimiento será el documento que expida el médico tratante que asista a la gestante, que cumplimentará el formato expedido por la Secretaría de Salud y que contendrá la constancia de que la maternidad fue asistida a través de maternidad subrogada (artículo 293 y 294).

4.3. Estados Unidos

La décima enmienda de la Constitución de los Estados Unidos dice: «Los poderes que la Constitución no delega a los Estados Unidos ni prohíbe a los estados, quedan reservados a los estados respectivamente o al pueblo». Por ese motivo, la regulación de la paternidad ha sido históricamente feudo estatal, no apareciendo en ninguna ley o reglamento federal.

Sentada esta base, la legislación estatal relativa a la gestación por sustitución es muy variada, comprendiéndose entre las siguientes categorías: 1) estados cuyas leyes regulan la maternidad subrogada, bien sea permitiéndola, o bien prohibiéndola; 2) estados sin regulación legal, pero cuyos tribunales han dictado precedentes jurisprudenciales aplicables; 3) estados sin ley ni jurisprudencia referida a la maternidad subrogada.

Entre los que la prohíben de forma expresa se encuentran Arizona y Columbia, así como Michigan que considera delincuentes tanto a quien sea parte, como a quien facilite la constitución de un contrato de estas características. Nueva York y Nebraska prohíben estos convenios sólo cuando medie compensación. Texas y Utah, por ejemplo, la permiten expresamente, exigiendo que el acuerdo de maternidad subrogada sea aprobado por un juez. Así, sólo permitirá la participación de parejas heterosexuales casadas, cuya mujer es incapaz de concebir o llevar a término un embarazo, por medio (únicamente) de la modalidad gestacional, y en que la gestante debe haber tenido, al menos, un hijo propio sano. Aquí, gestante y marido, si lo hubiera, deben renunciar a sus derechos parentales por acuerdo escrito con los comitentes, que debe ser aprobado por el juez. Así, al momento del nacimiento y en el certificado del mismo, la filiación corresponderá a los comitentes.

La legislación de Illinois es una de las más liberales, protegiendo a parejas, casadas o no, y a personas solas, y admitiendo incluso la maternidad subrogada comercial. Según ésta, la gestante debe, tener al menos, 21 años; haber dado a luz al menos a un hijo; haber completado una evolución física y mental; haber realizado consultas legales; tener seguro de salud que cubra las necesidades derivadas del objeto; y no debe aportar sus óvulos. En cuanto a la parte comitente, al menos uno de los comitentes debe estar genéticamente relacionado con el niño; debe existir necesidad médica para optar por esta vía, documentada por medio de declaración jurada de médico especialista; haber completado un examen de salud mental; y haber efectuado consultas legales. En el contrato, la mujer que gesta, y su marido, si lo hubiera, deben prometer transferir el niño a la otra parte al nacer; y la parte comitente debe prometer aceptar al niño y asumir la responsabilidad por su apoyo. Si las partes no cumplen algún requisito, los tribunales decidirán la custodia legal sobre la base de la intención de las partes.

Así vemos que basta el acuerdo válido que determine la paternidad legal de los comitentes, siendo los propios abogados los que velarán por el cumplimiento de las disposiciones legales que rigen la materia.

Situación particular es propuesta por la legislación de Virginia. Admite los acuerdos autorizados por el juez, para lo cual deben reunir una serie de requisitos (similares a los de Illinois). Sin embargo, y aquí su característica diferenciadora, también reconoce contratos que no cuenten con preaprobación judicial, aunque únicamente serán ejecutables cuando puedan ser modificados para que cumplan los requisitos legales.

Por último, baste destacar de la legislación del estado de New Hampshire, la exigencia de que todos los contratos de maternidad subrogada deben otorgarle a la gestante el derecho a concluir el contrato hasta pasadas setenta y dos horas del nacimiento de la criatura.

California, Carolina del Sur, Pensilvania, Massachusetts y Ohio, admiten la maternidad subrogada por su jurisprudencia.

Como pudimos intuir, cuando tratamos el caso de Genaro y Bienvenido, en California, el reconocimiento de la filiación derivada del acuerdo no es automático, sino que requiere que la parte comitente inste procedimiento judicial, determinado en la sección 7630 (f) del *California Family Code*, que en unidad de acto confirmará los derechos parentales, estableciendo la filiación del nacido a su favor por medio de una sentencia previa al nacimiento (*pre-birth judgement*), que rompe además la posible filiación que se pudiera determinar a favor de la gestante y de su marido, si lo hubiera. La sentencia ordena al hospital que en el certificado de nacimiento debe constar el nombre de la parte comitente. El certificado debe inscribirse en la Oficina Estatal de Registros Vitales antes de que transcurran diez días del nacimiento junto con la referida sentencia, sin la cual se designará la filiación a favor de la gestante, y si estuviera casada de su marido.

Respecto de la tercera categoría de estados, que no se refieren a la maternidad subrogada, remarcar que la filiación quedará determinada según las leyes de paternidad, maternidad y adopción existentes.

Pero bien, a pesar de este enfoque de categorías, debemos advertir que la gestación por sustitución se está llevando a cabo con éxito en todo Estados Unidos, contando con el beneplácito de los tribunales, cuando se solicita la determinación de la filiación y hay cooperación de las partes. Incluso en Nueva York y Michigan ha habido órdenes judiciales que determinan la filiación en favor de los comitentes bajo la ley existente, siempre que las partes estén de acuerdo.

5. El turismo reproductivo y la maternidad subrogada internacional

El turismo reproductivo viene a definirse de forma precisa por Farnós, como aquel desplazamiento de posibles receptores o usuarios de técnicas de reproducción asistida desde una institución, jurisdicción o país donde una técnica en concreto no se encuentra disponible, a otra institución, jurisdicción o país donde pueda obtenerla.⁶³ Prefiere la *European Society of Human Reproduction and Embryology* (en adelante, ESHRE) el término más neutral de *Cross-border reproductive care*. Su existencia se debe a las diferentes respuestas otorgadas por los diversos ordenamientos, permitiendo, de aquella manera, evadir la ley cuando la técnica esté prohibida o cuando excluye a un grupo social, o evitar listas de espera, o acceder a un tratamiento más económico, etc.

Esta clase de turismo puede argumentarse como un problema, en tanto sólo es posible para quien económicamente puede permitírselo, reforzando la figura del *baby-business*, que empodera la idea de reproducción humana como objeto de comercio; y de la imposibilidad de absoluto control de calidad y seguridad, aumentando el riesgo de explotación de los países subdesarrollados. Además, suponiendo que las leyes son reflejo del consenso social, no se entiende que pueda permitirse a alguien, eludir las leyes de un país, para ir a otro en el que aquellas se acomoden al objetivo pretendido. Ante esta realidad, la doctrina se divide entre los que opinan que las leyes deberían protegerse

⁶³ FARNÓS AMORÓS, E. "European Society of Human Reproduction and Embryology, 26th Annual Meeting Roma, 27-30 de junio, 2010", *Indret*, 3/2010, p. 7.

catalogando el turismo reproductivo de ilegal; y los que ven la oportunidad de armonizar las leyes, haciendo la legislación más permisiva, en tanto permita a las personas cumplir su deseo de ser padres donde quieran y luego volver a casa.

Por otro lado, baste decir que la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado está preparando un convenio específico para regular estos acuerdos cuya premisa es que se requiere de manera urgente una regulación internacional que contemple este apremiante problema socio-legal.

Pero a día de hoy, los casos de maternidad subrogada internacional no son sencillos, y suelen dar a lugar a dos problemas fundamentales: 1) incapacidad de documentar al nacido para viajar al país de residencia de los comitentes; 2) incapacidad de regularizar al nacido una vez en el país de residencia.

5.1. Incapacidad de documentar al nacido para viajar al país de residencia de los comitentes

Sucede en aquellos países en que se permite la maternidad subrogada, considerando padres legales a los comitentes, pero cuyas leyes no otorgan la nacionalidad a los hijos de extranjeros nacidos en su territorio, es decir, no aplican el *ius soli* como regla de adquisición de la nacionalidad (Ucrania e India, por ejemplo). Luego para poder obtener los documentos de viaje, los nacidos deben adquirir la nacionalidad de los comitentes derivada del *ius sanguinis*, con lo cual habrá de resolverse previamente la cuestión de la filiación. Así, los comitentes, sobre la base de la nacionalidad por descendencia, habrán de solicitar aquella documentación ante la representación consular de su país, que en muchas ocasiones, por violación del orden público y fraude de ley, es denegada. Se suele argumentar que, como en el Estado de los comitentes, la maternidad subrogada está prohibida (o no regulada) no se puede reconocer la filiación que deriva de ella. La consecuencia que supone, es que al no reconocerse el acuerdo en el país de origen de los comitentes, éste determina la filiación del nacido respecto de la gestante y su marido, si lo hubiera, mientras que la ley del lugar de nacimiento establece la filiación en favor de los comitentes. Como conclusión a esta situación, el niño es apátrida y con filiación incierta, residiendo en un limbo jurídico, en un lugar del que no puede salir, y en que los comitentes no pueden permanecer, debido a los controles de inmigración.

Este puzzle con piezas perdidas ha solido resolverse en favor del interés superior del niño, concediendo, el país de origen de los comitentes, los documentos para viajar a casa. Pero no sería aconsejable dar por sentada esta resolución, pues desde que surge el problema hasta que concluye pueden transcurrir años. Situación que no siempre merecerá la pena, pues existen casos en que se ha evitado toda referencia a los intereses superiores de los niños y se deniega el pasaporte, incluso a pesar de la existencia de vínculo genético.⁶⁴

5.2. Incapacidad de regularizar al nacido una vez en el país de residencia o durante el proceso migratorio

Suponiendo que la resolución de la situación anterior resulta en beneficio de los comitentes, una vez en el país de origen, o durante el proceso migratorio, éstos tratarán de regularizar la situación legal del nacido, que se denegará por, principalmente, razones de orden público. Así el niño reside en un país de forma irregular, que no reconoce a los comitentes como padres legales, afectando, de esa manera, a su derecho a una filiación, a adquirir una nacionalidad, a la obligación de los Estados de asegurar que los niños no sean apátridas, etc. con todo lo que ello conlleva.

Podemos hablar de infinidad de casos en la jurisprudencia internacional, cuyas soluciones, como veremos, fueron muy diversas.

Por medio de la modificación de los certificados de nacimientos sobre la base del interés superior del niño. El Tribunal de Apelaciones de Bari (Italia) de 13 de febrero de 2009, reconoció un supuesto de gestación por sustitución llevado a cabo en el Reino Unido, en que dos hermanos constaban en el registro italiano como hijos de la gestante y el padre (comitente) biológico. El matrimonio comitente se separó y solicitó la

⁶⁴ Caso *Verwaltungsgericht* Berlín, del 15 de abril de 2011.

rectificación de las actas, y el tribunal accedió, en pro del interés superior de los niños, interpretando que en el caso concreto no existe violación del orden público internacional.

Por la vía del reconocimiento pleno del certificado de nacimiento extranjero. Donde podemos hablar de la resolución del Consejo de Estado Francés número 348778 de 4 de mayo de 2011 (Francia), en el caso de un francés que recurre, aportando su material genético, a la maternidad subrogada en la India, que reconoce los certificados de nacimiento extranjeros de los nacidos conforme al artículo 47 del CC francés (pues eran reales y verdaderos), haciendo primar el interés superior de los niños sobre la prohibición.

Por medio del reconocimiento de la validez del certificado de nacimiento, sólo respecto de uno de los comitentes (el hombre aportante de semen), mientras que el otro debía recurrir a la adopción para ser también padre o madre legal. Como ejemplo tenemos la sentencia de la Corte de Apelación de Lieja, de 6 de septiembre de 2010 (Bélgica), que matizó la prohibición del uso de la técnica para proteger el interés superior de los niños, distinguiendo entre padre comitente biológico y padre comitente no biológico, admitiendo la paternidad legal del primero y estableciendo respecto del segundo, que no existe para él vía distinta a la adopción.

Recurso al procedimiento de adopción. Es el caso *Rechtbank 's-Alkmaar* de 29 de octubre de 2008 (Holanda), en el que a pesar de que ambos comitentes aportaran su material genético, el Consejo de Protección de la Niñez, para privar de responsabilidad parental a la gestante y su marido, decidió colocar al niño bajo la custodia de los comitentes para que, en el plazo de un año, pudieran adoptarlo conforme a la ley.

Por reconocimiento del padre comitente. Caso *AG Nürnberg* de 14 de diciembre de 2009 (Alemania), por ejemplo, en que un comitente alemán, de una gestación por sustitución llevada a cabo en Rusia, procedió al reconocimiento en aquel país. Las autoridades alemanes reconocieron la filiación, aplicando las leyes rusas, para determinar si el comitente había procedido a realizar un reconocimiento válido, y así fue.

Ahora bien, existen otros casos resueltos en que las soluciones que se adoptaron no fueron favorables para los niños. Caso de los mellizos de Genaro y Bienvenido, que se sienten a lo largo de todo nuestro trabajo.

CAPÍTULO IV. PROPUESTA DE LEY SOBRE LA MATERNIDAD SUBROGADA

Título I. Disposiciones generales.

Artículo 1. Esta ley tiene por objeto regular la maternidad subrogada.

Artículo 2. La maternidad subrogada es una forma de reproducción asistida, por medio del cual una persona, denominada gestante acuerda con otra persona, o con una pareja, denominadas comitente, gestar un embrión con el fin de que la persona nacida tenga vínculos jurídicos de filiación con la parte comitente.

Artículo 3. Gestante y comitente han de ser plenamente capaces, según las disposiciones del Código Civil.

Título II. De los requisitos.

Artículo 4. Respecto a la gestante:

- 1) Debe prestar su consentimiento libre, pleno e informado, a someterse a esta práctica.⁶⁵
- 2) Debe someterse a un estudio físico y psíquico previo.⁶⁶
- 3) No debe aportar sus gametos.⁶⁷
- 4) No debe haber actuado como gestante más de dos veces.⁶⁸

⁶⁵ Debe ser libre, en tanto no se tolera presión de ningún tipo: pleno, pues ha de ser capaz de consentir; e informado, en cuanto a los aspectos médicos y a cualquier efecto psicológico que pueda derivar de la gestación.

⁶⁶ Con el fin de garantizar que el consentimiento emana de una mujer sana, en todos los aspectos, demostrando que la gestación no podrá causarle daño alguno, ni a ella, ni al futuro nacido.

⁶⁷ Pues el fin principal de esta forma de reproducción es lograr un resultado idéntico a la forma "clásica" de reproducción. Además evita problemas para con la gestante, pues supone delimitar con claridad su papel en la concepción.

⁶⁸ Como medio para evitar abusos y la cosificación de las gestantes.

- 5) Debe tener, al menos, un hijo propio previo.⁶⁹

Artículo 5. Respecto a la parte comitente:

- 1) Puede ser comitente una persona sola, o una pareja, casada o no.
- 2) Deberá someterse a un estudio que determine su idoneidad.⁷⁰
- 3) Al menos uno de los comitentes debe aportar sus gametos.⁷¹
- 4) Al menos uno de los comitentes debe tener alguna imposibilidad de concebir o de llevar a término un embarazo.⁷²
- 5) Al menos uno de los comitentes debe ser español o residir habitualmente en España.⁷³

Artículo 6. Respecto del acuerdo:

- 1) Las partes han de actuar en pro del interés superior del futuro nacido.
- 2) La parte comitente debe aceptar vínculo jurídico de filiación que se establece, entre ella y el nacido como consecuencia del acuerdo, al tiempo de producirse el nacimiento.⁷⁴
- 3) La gestante debe renunciar a su vínculo jurídico de filiación para con el nacido.
- 4) No puede tener carácter lucrativo.
Será considerada válida, la compensación de gastos derivados del objeto del contrato, producidos antes, durante y después del embarazo.⁷⁵
- 5) Será considerada nula toda cláusula limitativa de derechos de la gestante.⁷⁶

Título III. De la resolución judicial.

Artículo 7. La ejecución del acuerdo de maternidad subrogada queda supeditada a la previa autorización judicial.⁷⁷

Artículo 8. El juez debe homologar el acuerdo de maternidad subrogada sólo si se cumplen los requisitos establecidos en las disposiciones de la presente Ley.

Título IV. Del registro de gestantes.

Artículo 9. A los efectos de proteger el cumplimiento de los Títulos II y III, créese un registro de gestantes.⁷⁸

⁶⁹Asegurando así que la gestante comprende la entidad del acto que se dispone a realizar, además de constatar que la mujer es capaz de dar a luz sin riesgo.

⁷⁰ Limitado a determinar su capacidad para ejercer los deberes derivados de la paternidad.

⁷¹ Pues la maternidad subrogada representa la vía para quienes no pueden concebir, pero no quieren renunciar a tener un hijo genéticamente propio. Este requisito no es discriminatorio respecto de las personas que no pueden aportar sus gametos, en tanto lograrían el mismo resultado a través de la adopción.

⁷² Con el fin de impedir que personas médicamente aptas para la concepción deleguen en otras las incomodidades derivadas del embarazo.

⁷³ Como herramienta para impedir el turismo reproductivo.

⁷⁴ Debiendo aceptar los riesgos de anomalías, sin perjuicio de lo que puedan decidir las partes respecto de la posibilidad de practicar un aborto (al momento de producirse el dilema).

⁷⁵ Y así se hará, sobre la fundamentación de que se asegura que el enriquecimiento no va a suponer una motivación para la gestante, lo cual evita la profesionalización y consiguiente mercantilización de la práctica, facilitando un acuerdo basado en la confianza. Pero al mismo tiempo, asegura que todas las consecuencias intrínsecas a la gestación se verán cubiertas por quienes quieren ser padres. Y por encima de todo, el pago de una compensación, no atenta contra el interés superior del niño.

⁷⁶ Las limitaciones habrán de acordarse a través de la confianza mutua, pues cabe destacar que cuando los comitentes recurren a una gestante deciden sobre la base de una confianza generada. Pero, en ningún caso cabrán disposiciones que pretendan decidir por ella, consideraciones que le pertenecen por su condición de ser humano. Incluyo dentro de esta argumentación, el derecho al aborto, que pertenecerá exclusivamente a la mujer gestante, no admitiéndose resarcimiento de daños alguno a la parte comitente como consecuencia de su realización.

⁷⁷ De entre los dos grandes sistemas que muestra el derecho comparado (transferencia de la filiación posparto y preaprobación judicial), nos decantamos por el de preaprobación judicial del acuerdo, en tanto entendemos que es anticipativo a cualquier conflicto, protegiendo frente a la incertidumbre del proceso y a los posibles cambios psicológicos de las partes.

Título V. De los efectos de la resolución judicial autorizante.

Artículo 10. Con la resolución judicial que declare autorizado el acuerdo, podrá iniciarse la práctica de la transferencia embrionaria.

Artículo 11. Si ésta no se lleva a cabo en el plazo de un año, se requerirá nueva resolución judicial autorizando el acuerdo.⁷⁹

Artículo 12. La resolución judicial determinará que la parte comitente tendrá vínculos jurídicos de filiación con el futuro nacido, con independencia del aporte genético.⁸⁰

Artículo 13. En el certificado de nacimiento constará el vínculo jurídico de filiación respecto de la parte comitente. No dejará constancia de la identidad de la gestante, ni de que el nacido lo ha hecho por medio de un acuerdo de maternidad subrogada.⁸¹

Artículo 14. Ante cualquier conflicto, se habrá de atender al interés superior del niño y a la voluntad expresada por las partes.

Título VI. Del derecho a demandar.

Artículo 15. Se otorga a la gestante el derecho a demandar a la comitente por el pago de gastos médicos, en caso de enfermedades que deriven de una inadecuada atención y control médico pre y posnatal.⁸²

Título VII. Del derecho a conocer el origen biológico.

Artículo 16. El nacido por medio de ésta técnica, tiene derecho a conocer su origen por medio del acceso al expediente judicial.⁸³

Título VIII. De los efectos de la falta de resolución judicial autorizante.

Artículo 17. Si la transferencia embrionaria se lleva a cabo sin autorización judicial previa, la filiación quedará determinada según las reglas establecidas en el Título V del Código Civil.

CAPÍTULO V. CONCLUSIONES

El resultado de las siguientes conclusiones, así como el estudio de Derecho comparado, han tenido su reflejo en la propuesta de ley presentada.

1. Evolución hacia la falsedad del aforismo *mater semper certa est*.

La introducción jurídico-social de las TRHA ha derivado en la consiguiente aceptación de la existencia de una multiplicidad de verdades. De una verdad genética, de una verdad biológica y de una verdad de voluntad. Con nuestra aceptación de la idea de la voluntad, separamos la paternidad de la progenie, pero ¿por qué? En opinión de quién escribe, la maternidad y la paternidad no quedan determinadas por una secuencia de genes, sino que supone la coronación de una determinada relación social, que se hace en la convivencia, en la responsabilidad y en el amor.

2. Necesidad de regulación.

Con carácter urgente, España debe proceder a revisar su radical prohibición, para dar lugar a la legislación justa, uniforme, coherente e igualitaria que le exige la realidad.

⁷⁸ Su necesidad la determina el artículo 4.4, como medio para llevar un control de aquellas personas que han actuado como gestante, evitando así que se pueda llegar a la fatalidad de crear «maquinaria de gestación».

⁷⁹ De esta manera tratamos de proteger cualquier variación de las circunstancias transcurrido el plazo

⁸⁰ A pesar de exigir que al menos uno de los comitentes aporte su material genético, fundamentamos la determinación de la filiación sobre la base de la voluntad procreacional de la parte comitente, sin entrar a realizar distinciones entre el comitente que lo aportó y el que no.

⁸¹ Al defender el sistema de preaprobación judicial, en lugar del de la transferencia de la filiación posparto, la constancia de la gestante en el certificado de nacimiento, está de más. Además, entendemos que de esta manera primamos la protección del nacido, evitando cualquier tipo de discriminación que pueda derivar de su origen.

⁸² A los efectos de proteger a la gestante ante cualquier clase de abuso.

⁸³ De esta forma se reconoce el derecho a la identidad, en tanto derecho humano declarado en los artículos 7 a 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en tanto derecho a poder acceder a una información que es parte de la propia identidad del nacido, sin pretender, en ningún momento, una reivindicación de lo genético.

Pues de lo contrario lo único que provocará, y que de hecho provoca, es la proliferación de un mercado negro, la generación de situaciones de explotación y de un turismo reproductivo, de lo que se deriva una auténtica desprotección a discreción de los derechos de los comitentes, por medio de la impotencia generada de la imposibilidad de ser padres de quien es su hijo; de las gestantes, que son obligadas a ser madres sin quererlo; y de los niños, no dejándoles escapar del limbo jurídico que niegan y que les convierte en hijos de nadie.

3. Necesidad de proteger y limitar la actuación de los sujetos intervinientes.

Por medio de una serie de requisitos⁸⁴ que determinen la aptitud para ser parte, a través de unos criterios que establezcan la forma en que debe y no debe actuar la mujer gestante, para poder ser considerada tal. Mientras que respecto de la parte comitente se deberá controlar la situación en la que ha de encontrarse para poder conformar un acuerdo como parte.

4. Debe constituirse un acuerdo que establezca la transmisión de la filiación, cuya ejecución esté supeditada a la previa aprobación judicial.

Nos decantamos por este sistema en tanto anticipativo al surgimiento de cualquier conflicto, protegiendo frente a la incertidumbre del proceso y a los posibles cambios psicológicos de las partes. Pero quede claro que debemos considerar siempre nula toda cláusula limitativa de derechos de la gestante, que le pertenecen por su condición de ser humano. No debe haber cabida al lucro en esta actividad, quedando a salvo la compensación de gastos derivados del objeto contractual, producidos antes, durante y después del embarazo, pues evitaría la profesionalización y se aseguraría que las consecuencias intrínsecas a la gestación serán cubiertas por quienes quieren ser padres. Por ello debe constituirse un derecho a demandar, en favor de la gestante, por el pago de los gastos médicos en caso de enfermedades derivadas de una inadecuada atención pre y posnatal. Así, sólo cuando el acuerdo cuente con autorización judicial, será posible la transferencia embrionaria, que contará con un plazo máximo, para proteger cualquier variación circunstancial. Ante la falta de autorización, debemos entender que entrarían en juego las reglas generales.

5. El interés superior del nacido debe fundamentar la regulación y regir la actuación de las partes en el acuerdo y a lo largo del proceso, resolviéndose toda duda de cara al beneficio de aquel interés.

Y, a su servicio, debemos considerar la no inclusión, en el certificado de nacimiento, de la identidad de la gestante, ni tampoco de que el nacido lo ha hecho por medio de un acuerdo de este tipo, evitando así cualquier tipo de discriminación que pueda derivar de su origen. Para finalizar, debe constar la defensa por nuestra parte del derecho del nacido a conocer su origen biológico, lo cual hará por medio del acceso al expediente judicial, quedando así velado el derecho a la identidad, declarado en la Convención sobre los Derechos del Niño, en tanto derecho a poder acceder a una información que es parte de su propia identidad, sin pretender en ningún momento, una reivindicación de lo genético.

BIBLIOGRAFÍA..

- ALBERT MÁRQUEZ, M. "Los contratos de gestación de sustitución llevados a cabo en el extranjero y la nueva Ley del Registro Civil", *Diario La Ley, número 7863, Sección Doctrina*, 22 de mayo de 2012, año XXXIII.
- , «Los contratos de gestación de sustitución celebrados en el extranjero y la nueva Ley del Registro Civil», *Diario La Ley, número 7863, Sección Doctrina*, 22 de mayo de 2012, año XXXIII.
- BONILLO GARRIDO, L. "El reconocimiento y ejecución de sentencias de maternidad por sustitución", *Diario la Ley, número 8070, Sección Tribuna*, 25 de abril de 2013, año XXXIV.

⁸⁴ Ver Título II de la propuesta de ley.

- CERDÀ 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", *Diario La Ley, número 4893, Sección Tribuna Abierta*, segundo trimestre de 2011.
- DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. "Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010)", *Diario La Ley, número 7501, Sección Tribuna*, 3 de noviembre de 2010.
- DUPLÁ MARÍN, M.T. *Fundamenta iuris. Terminología, Principios e Interpretatio*. Editorial Universidad de Almería, Almería, 2012.
- FARNÓS AMORÓS, E. "European Society of Human Reproduction and Embryology, 26th Annual Meeting Roma 27-30 de junio, 2010, *Indret*, 3/2010.
- , "Surrogacy arrangements in a global world: the case of Spain", *International Family Law*, marzo de 2013.
- GIROUX, M. L'encadrement de la maternité de substitution au Québec et la protection de l'intérêt de l'enfant, *Revue générale de droit*, volumen 28, número 4, 1997.
- GONZÁLES PÉREZ DE CASTRO, M. *La verdad biológica en la determinación de la filiación*. Dykinson, Madrid, 2013.
- LAMM, E. *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 2013.
- MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M., MASSIGOGUE BENEIGU, J.M. *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho Español*. Dykinson Madrid, 1994.
- VAQUERO LÓPEZ, C. "Maternidad subrogada, orden público y Ley del Registro Civil", *LEX NOVA blogs*, 27 de abril de 2012.
- VELA SÁNCHEZ, A.J. "La gestación de sustitución o maternidad subrogada; el derecho a recurrir a las madres de alquiler", *Diario La Ley, núm. 7608, Sección Doctrina*, 2 de abril de 2011, Año XXXII.
- , *La maternidad subrogada; estudio ante un reto normativo*. Editorial Comares S.L., Granada, 2012.