

Problemática jurídica de la maternidad subrogada en el ámbito del Derecho Civil

TRABAJO DE FIN DE GRADO



UNIVERSIDAD DE ALMERÍA

GRADO EN DERECHO

CURSO 2016 / 2017

Julio 2017

Celia Escobar Robles

Director

Ramón Herrera de las Heras

Facultad de Derecho
Universidad de Almería

ÍNDICE

1. Introducción.....	Página 3
2. Maternidad subrogada.....	Página 6
2.1 Concepto.....	Página 6
2.2 Evolución histórica.....	Página 7
2.3 Modelos.....	Página 8
2.4 Regulación jurídica en España.....	Página 9
3. Derecho comparado.....	Página 11
3.1 Regulación jurídica internacional de la maternidad subrogada.....	Página 11
A. Estados que prohíben toda forma de maternidad subrogada....	Página 11
B. Estados que no disponen de una regulación sobre la maternidad subrogada.....	Página 13
C. Estados que expresamente permiten y regulan la maternidad subrogada altruista.....	Página 13
D. Estados que permiten toda forma de maternidad subrogada....	Página 14
3.2 Posición jurídica en el Derecho Comunitario.....	Página 16
4. Turismo reproductivo.....	Página 17
5. La problemática jurídica en España entorno a la maternidad subrogada.....	Página 19
5.1 En materia de Derecho Civil.....	Página 19
A. La inscripción del menor en el Registro Civil.....	Página 19
B. La filiación.....	Página 21
C. El interés superior del menor.....	Página 25
5.2 En materia de Derecho de la Seguridad Social: La prestación por maternidad y la baja por maternidad.....	Página 27
5.3 En materia de Derechos Humanos y Derechos Fundamentales de la mujer.....	Página 30
A. Alcance de la dignidad y la libertad de decisión de la mujer....	Página 30
B. Una nueva forma de explotación.....	Página 34
6. La situación actual en España de la maternidad subrogada tras el caso Paradiso y Campanelli.....	Página 36
7. Conclusiones.....	Página 39
8. Bibliografía.....	Página 41

1. INTRODUCCIÓN

En los últimos años, en el ámbito del Derecho Civil, y más concretamente en el Derecho de Familia, pocos temas han generado tanta controversia a nivel doctrinal como la maternidad subrogada. No podemos olvidar que los avances sociales, científicos y médicos tienen su eco en esta rama del derecho, lo que se traduce en la evolución de nuestras leyes para adaptarlas a los nuevos cambios de la sociedad.

En el ámbito de la reproducción humana asistida, la maternidad subrogada (popularmente conocida como “vientre de alquiler”) es una nueva tendencia que surge como alternativa para aquellas personas que quieren acceder a la maternidad, pero no pueden. Consiste en un acuerdo privado (el cual puede ser altruista o comercial –mediando precio-), suscrito entre dos partes, por el que una mujer acepta gestar un bebé por encargo de otros, con el único fin de entregarlo tras el nacimiento, renunciando a todo vínculo materno filial con el mismo.

La creciente popularidad de esta técnica en la sociedad occidental se debe principalmente a la suma de dos factores: de un lado, la infertilidad que afecta al menos al 15% de la población en Occidente (también la actual tendencia a retrasar la maternidad por circunstancias laborales ha influido en gran medida a la disminución de la fertilidad)¹; de otro lado, los nuevos modelos de familia homoparentales y monoparentales, cuya única forma de optar a la paternidad o maternidad es mediante la reproducción asistida.

El tema que nos ocupa supone un debate de máxima actualidad en España: según datos de la ONG suiza International Social Security, se estima que cada año nacen en todo el mundo aproximadamente 20.000 niños por maternidad subrogada, de los cuales entre 800 y 1.000 casos implican a ciudadanos españoles². Sin embargo, estos datos son meras estimaciones, pues la ilegalidad de la práctica dificulta el registro de datos oficiales. Sí podemos afirmar que en España las adopciones internacionales cayeron en picado de 5.541 casos al año a 799 desde 2004 hasta 2015 (datos oficiales hechos públicos por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad), lo que evidencia una caída del más del 72%³. Los datos revelan que en la actualidad los españoles prefieren descartar la vía de la adopción internacional para formar una familia –en ocasiones debido a lo tortuoso del proceso, que puede llegar a alargarse durante años-, y

¹<http://www.europa-press.es/salud/salud-bienestar/noticia-infertilidad-afecta-15-parejas-edad-reproductiva-representa-en-fermedad-20120516135107.html>

² BLANCO, SILVIA. (19 febrero 2017), EL PAÍS. *Gestación subrogada, el dilema de gestar al hijo de otros*. Disponible en: http://politica.elpais.com/politica/2017/02/17/actualidad/1487346402_358963.html

³ Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. Estadísticas sobre adopción, disponibles en: <http://www.msssi.gob.es/ssi/familiasInfancia/Infancia/adopciones/estadisticas.htm>

recurrir a una práctica prohibida en nuestro país como es la maternidad subrogada, que además entraña un alto coste económico.

Existe una clara demanda social que reclama a los poderes públicos un cambio legislativo sobre la maternidad subrogada que les otorgue seguridad ante la incertidumbre jurídica que existe hoy en día en nuestro país, pues a pesar de ser una figura prohibida por nuestro ordenamiento jurídico, en la práctica se está llevando a cabo un reconocimiento incidental de sus efectos. Sin embargo, la complejidad de la figura genera la necesidad de resolver no solo planteamientos jurídicos, sino también éticos y morales.

Hasta ahora han sido los Tribunales y la Dirección General del Registro y del Notariado los encargados de solventar los problemas que se han planteado en España a causa de estos contratos –principalmente celebrados en el extranjero-, debiendo tomar decisiones en las que no sólo concurren los distintos intereses en juego, sino también el riesgo de vulnerar derechos fundamentales.

El origen de esta práctica no es claro, llegando algunos autores a situarlo en la antigua Mesopotamia, pero lo que si es cierto es que en los últimos años ha experimentado una gran evolución a nivel internacional, hasta posicionarse en el centro del debate en relación a las técnicas de reproducción humana asistida.

En el plano legislativo, los Estados han adoptado distintas posturas en cuanto a la forma de regular la maternidad subrogada: países como España, Alemania o Francia establecen su prohibición legal; otros, como Ucrania o Rusia, por ejemplo, permiten todo tipo de subrogación -tanto comercial como altruista-. La creciente polémica en torno a esta técnica, consecuencia del debate internacional sobre la ética y moralidad de la subrogación, así como el planteamiento de otras cuestiones jurídicas y políticas, ha derivado en la fluctuación de las legislaciones: ahora la mayoría de Estados tiende a modificar sus leyes hacia una regulación más restrictiva (por ejemplo, India o Tailandia); en la línea contraria, algunos países que hasta el momento habían mantenido la prohibición, recientemente han flexibilizado sus legislaciones permitiendo la modalidad altruista (tal es el caso de Portugal).

Por tanto, es necesaria, la realización de un estudio en profundidad de la materia, no sólo a nivel estatal, sino también internacional, llevado a cabo mediante un análisis de derecho comparado en el que se observen las distintas regulaciones jurídicas que establecen los países sobre el tema.

La gestación subrogada es una industria en constante crecimiento, por lo que es preciso alertar del impacto que tienen estos contratos en la sociedad, principalmente en mujeres y menores. La prohibición de esta práctica en la mayoría de países ha generado lo que se conoce como “turismo reproductivo”, un turismo enfocado a atraer a las personas que desean tener su propio hijo a aquellos países en los que la subrogación está permitida, generando una industria de valor incalculable, cuyos datos no están oficialmente

registrados y que en los países en vías de desarrollo está conduciendo a una nueva forma de explotación de la mujer, principalmente de aquellas en situación de desigualdad y vulnerabilidad.

Los efectos de este tipo de contrato repercuten en distintas ramas del derecho, principalmente al ámbito civil, en cuestiones como la nacionalidad del menor, su inscripción en el Registro Civil, los derechos sucesorios del menor o la filiación. Pero también afecta a cuestiones laborales y de seguridad social en lo relativo al período de descanso y la prestación por maternidad. Por último, es de especial trascendencia su repercusión en lo que respecta a los derechos humanos, pues esta práctica atenta directamente contra la dignidad de la mujer y la identidad del menor. Sobre estas cuestiones la jurisprudencia, tanto estatal como europea, mantiene opiniones contrapuestas.

A la luz de la clara demanda social y de la incertidumbre jurídica en la que nos encontramos, así como de los continuos problemas que se están planteando ante nuestros tribunales, tras analizar las distintas implicaciones legales que tiene en nuestro país la maternidad subrogada, la cuestión que se plantea es la siguiente: ¿existe en España la necesidad de reabrir el debate en relación a la maternidad subrogada? En tal caso, ¿qué postura debería adoptar nuestro Estado, mantener la prohibición o modificar su regulación hacia una postura más flexible?

2. MATERNIDAD SUBROGADA

2.1 CONCEPTO

En lengua castellana es posible referirse a la gestación por sustitución con diversos términos, encontrando entre los más habituales “maternidad subrogada” o “vientres de alquiler”. Pero ¿en qué consiste realmente la maternidad subrogada?

Nuestro ordenamiento jurídico contempla la existencia de este concepto en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, que lo define en su artículo 10.1 como “*el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero*”.

Sin embargo, para aproximarnos a una definición más completa –y comúnmente aceptada por la doctrina- debemos acudir a la Sentencia 826/2011, de 23 de noviembre, de la Audiencia Provincial de Valencia, que se refirió a esta práctica como “*un contrato, oneroso o gratuito, a través del cual una mujer consiente en llevar a cabo la gestación mediante técnicas de reproducción asistida, aportando o no también su óvulo con el compromiso de entregar el nacido a los comitentes, que pueden ser una persona o una pareja, casada entre si o no, que a su vez pueden aportar o no sus gametos*”⁴.

Es decir, estamos ante un acuerdo privado suscrito entre dos partes por el que una mujer acepta gestar un bebé por encargo de otros, con el único fin de entregarlo tras el nacimiento, renunciando a todo vínculo materno filial con el mismo⁵.

En todas las definiciones queda latente que estamos ante un contrato en el que intervendrán dos partes: de un lado, los **comitentes (o intended parents)**, es decir, los futuros padres que realizan el encargo y que bien podrán ser una pareja (matrimonio o no), de carácter heterosexual u homosexual, o bien una única persona. Los comitentes podrán optar por aportar o no sus propios gametos a la gestación. De otro lado, encontramos a la **madre subrogada o gestante (surrogate mother)**. Por cuestiones biológicas esta parte del contrato siempre será una mujer, encargada de llevar a cabo el proceso de gestación en su vientre y asumiendo que, una vez producido el parto, entregará a los padres comitentes el bebé, renunciando con ello a todos los derechos que pudieran corresponderle sobre el niño, relativos fundamentalmente a la filiación. De

⁴ VILAR GONZÁLEZ, S. *Situación de la gestación por sustitución*. Revista de Derecho UNED, NÚM. 14, 2014, p. 900.

⁵ PÉREZ VAQUERO, C. *Diez claves para conocer los vientres de alquiler*, 2010.

hallarse tipificado por nuestro ordenamiento, podríamos clasificar esta modalidad contractual como un contrato de arrendamiento de obra o de servicio⁶.

La finalidad de la gestación por sustitución es, por tanto, *gestar un embrión con el único fin de que la persona nacida tenga vínculos jurídicos de filiación con la parte comitente*, tal y como afirma LAMM, citada por LAZCOZ MORATINOS en su trabajo sobre la gestación por sustitución⁷.

2.2 EVOLUCIÓN HISTÓRICA

Cuando se plantea la cuestión del primer precedente relativo a la maternidad subrogada, y a pesar de estar considerada como una figura propia de la modernidad, lo cierto es que sus raíces son remotas. Los autores, de forma habitual, sitúan la primera referencia en el Antiguo Testamento, más concretamente en el capítulo 16 del Libro del Génesis, atribuyendo así un origen bíblico a la subrogación.

En dicho pasaje se relata como Abraham, dada la imposibilidad de tener descendencia de su esposa, recurre a una esclava para poder tener un hijo. Con dicha referencia se trata de evidenciar que ya, desde los tiempos de Mesopotamia, era habitual en Oriente Medio que se contemplase la maternidad subrogada como solución a las necesidades y a los intereses de los hombres en tener descendencia cuando la mujer era estéril⁸.

Más allá de esta referencia bíblica, más bien anecdótica, el primer precedente histórico documentado se produce en 1976, cuando el abogado Noel Keane crea en Michigan la *Surrogate Family Service Inc*⁹. Fue en dicho año cuando se suscribió el primer contrato formal de maternidad subrogada -de modalidad tradicional y altruista- bajo la supervisión de Keane. Sin embargo, no fue hasta la década de los ochenta cuando se produjo el primer caso que dio a la maternidad subrogada auténtica visibilidad pública a nivel mundial.

En 1987 los avances de la ciencia en el ámbito de la reproducción asistida lograron quebrar el clásico principio romano *mater semper certa est*¹⁰ (el cual consagra que la maternidad se atribuye por el parto), cuando por primera vez se planteó ante un Tribunal estadounidense la validez de un contrato de maternidad subrogada. Fue el conocido caso *Baby M*¹¹.

⁶ VILAR GONZÁLEZ, S. *Situación de la gestación por sustitución*. Revista de Derecho UNED, NÚM. 14, 2014, p. 901.

⁷ LAZCOZ MORATINOS, G; *Construyendo un diálogo: Gestación por sustitución*, XXIII Congreso Nacional de Derecho Sanitario 20-22 octubre 2016, Madrid, p. 1.

⁸ PÉREZ VAQUERO, C. *Diez claves para conocer los vientres de alquiler*, 2010.

⁹ LAMM, E. *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada, ni alquiler de vientres*. Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, 2012, p. 20.

¹⁰ LAMM, E. *Gestación por sustitución. Realidad y derecho* en INDRET, Revista para el análisis del derecho 2012, p.5

¹¹ G. BASTERRA. F. *El dilema de Baby M*. El país, 1987. Véase la nota del diario El País sobre el tema: [http://elpais.com/diario\(1987/01/19/sociedad/538009202_850215.html](http://elpais.com/diario(1987/01/19/sociedad/538009202_850215.html)

El caso Baby M comienza cuando el matrimonio Stern, incapaz de tener su propio hijo debido a un principio de esclerosis múltiple de la mujer, decide recurrir a una clínica de esterilidad y, tras varias entrevistas, es puesto en contacto con una ama de casa de 29 años, Beth Whitehead, con quien firman un contrato por el que, a cambio de la cantidad de 10.000 dólares, ésta se comprometía a gestar al hijo de los Stern y a renunciar a su relación materno-filial con el bebé cuando éste naciera. Sin embargo, cuando se produjo el nacimiento, Beth cambió de idea. Ya no quería renunciar a su hija, a quien ella llamaba Sarah, y su madre legal Melissa. Fue entonces cuando los Tribunales de Nueva Jersey se vieron obligados a afrontar una cuestión jurídica sin precedentes en el país, que suponía un debate no sólo jurídico sino también ético y moral. El caso pasó a ser conocido mundialmente como Baby M, y no fue nada más que la antesala a un debate mundial que hoy en día sigue generando controversia.

La maternidad subrogada es un fenómeno internacional cuya evolución ha experimentado un rápido aumento, sobre todo en las dos últimas décadas, debido en gran parte a la convergencia de cambios tanto científicos como demográficos, así como un avance en el desarrollo legal y social de la población.

En primer lugar, se han producido grandes avances en materia de reproducción asistida, lo que facilita el acceso de estas opciones, haciéndolas cada vez más atractivas y accesibles para aquellas personas que, por determinadas circunstancias, no pueden concebir por sí mismos.

En segundo lugar, debido a que los problemas de infertilidad afectan cada vez a un mayor número de la población, ha sido posible que la sociedad acepte de forma más normalizada nuevos modelos alternativos de familia que rompen con los tradicionales.

En cuanto al fenómeno transfronterizo que ha supuesto la maternidad subrogada, la prohibición o restricción de esta práctica en numerosos Estados (principalmente de la modalidad comercial) ha supuesto que la mayoría de padres de intención se vean obligados a viajar al extranjero para poder llevar a cabo dichos contratos. Esta circunstancia, combinada con el bajo coste que supone su celebración en determinados países, ha promovido lo que actualmente se conoce como “turismo reproductivo”.

No ha de ignorarse que Internet también ha jugado un papel importante en el crecimiento de esta práctica, así como otros medios modernos de comunicación, dándole publicidad y promoviendo su popularidad, todo ello sumado la facilidad que existe hoy en día para desplazarse de un país a otro ¹².

¹² HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, *A preliminary report on the issues arising from international surrogacy arrangements*. Marzo 2012, p. 6-7

2.3 MODELOS

A la hora de clasificar las distintas modalidades de gestación por sustitución, atenderemos al modo en que se genera el embrión, distinguiendo de forma tradicional entre:

- A. Subrogación tradicional o parcial** (*partial or traditional surrogacy*). Este método de maternidad subrogada se denomina tradicional porque en un primer momento era preciso para la inseminación que la gestante aportase su propio óvulo y éste fuese fecundado con espermatozoides del padre de intención, o bien de un donante anónimo mediante inseminación artificial. En cualquier caso, mediante esta modalidad la madre gestante aporta su propio material genético.

- B. Subrogación gestacional o plena** (*full surrogacy or gestational surrogacy*). Los avances en la ciencia permitieron que surgiera esta nueva modalidad, denominada gestacional o plena, en la que no es preciso que la gestante aporte su material genético. Se procede a la gestación mediante un proceso de fecundación in vitro y, posteriormente, se transfiere el embrión generado al útero de la madre gestante. En este supuesto el material genético aportado puede provenir o bien de los padres de intención o bien de donantes anónimos, pero nunca de la madre gestante.

Los ordenamientos jurídicos también distinguen entre si la gestación ha sido llevada a cabo de forma altruista o mediando precio. De un lado, encontramos la posibilidad de la **subrogación altruista** (*altruistic surrogacy*), que podrá ser llevada a cabo sin obtener ninguna contraprestación a cambio de la misma. Existen determinados ordenamientos que, ante esta modalidad, contemplan la posibilidad de permitir el abono o reintegro de los gastos médicos ocasionados durante el embarazo. De otro lado, es posible que la subrogación se produzca a cambio de una cantidad o precio pactado en contrato. Esta modalidad se conoce como **subrogación comercial** (*comercial surrogacy*).

A pesar de que estas sean las posibles opciones, ha de resaltarse que no todos los ordenamientos jurídicos permiten ambas, o al menos no por igual.

2.4 REGULACIÓN JURÍDICA EN ESPAÑA

La primera ley aprobada en España sobre reproducción asistida fue la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, cuyo principal objetivo era incorporar al ordenamiento jurídico español las novedosas técnicas de reproducción humana asistida, de forma que se pudiera superar la posible esterilidad en la pareja. Posteriormente, esta norma fue modificada por la Ley 45/2003, de 21 de noviembre hasta, finalmente, acabar siendo derogada por la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana

Asistida (en adelante, LTRH), nuestra actual norma en la materia¹³. Como ya se señaló anteriormente, en nuestro ordenamiento jurídico es la LTRH la norma que contempla la maternidad subrogada.

El artículo 10 de este texto legal establece una prohibición legal en cuanto a los contratos de gestación por sustitución, al disponer en su apartado primero que “*será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero*”, proclamando así la nulidad de pleno derecho de este tipo de contrato.

Seguidamente a la prohibición legal, en su apartado segundo, el mismo artículo pasa a reiterar un conocido y arraigado principio procedente del derecho romano: *mater semper certa est*, al establecer que “*La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto*”.

Finalmente, en el apartado tercero del artículo 10 se da paso a la posibilidad de reclamar mediante una acción civil, de conformidad con las normas de nuestro Código, la paternidad respecto del padre biológico.

Tras este breve análisis de la regulación normativa de la maternidad subrogada en nuestro ordenamiento, el cual prohíbe esta práctica, es necesario hacer referencia también al Código Penal, pues en sus artículos 220 y 221 se tipifica como delito, no la subrogación en sí, si no las conductas que pueden derivarse de la celebración de dichos contratos: el artículo 220 CP establece que *1. La suposición de un parto será castigada con las penas de prisión de seis meses a dos años. 2. La misma pena se impondrá al que ocultare o entregare a terceros un hijo para alterar o modificar su filiación. 4. Los ascendientes, por naturaleza o por adopción, que cometieran los hechos descritos en los tres apartados anteriores podrán ser castigados además con la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad que tuvieren sobre el hijo o descendiente supuesto, ocultado, entregado o sustituido, y, en su caso, sobre el resto de hijos o descendientes por tiempo de cuatro a diez años. El artículo 221, por su parte, tipifica que 1. Los que, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concurra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación, serán castigados con las penas de prisión de uno a cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a 10 años. 2. Con la misma pena serán castigados la persona que lo reciba y el intermediario, aunque la entrega del menor se hubiese efectuado en país extranjero.*

¹³ BAYARRI MARTÍ, ML. *Maternidad por subrogación. Su reconocimiento en España*. NOTICIAS JURÍDICAS, 2015. Disponible en <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/10338-maternidad-por-subrogacion-su-reconocimiento-en-espana/>

Dentro de los distintos tratamientos legales que se le dan a la maternidad subrogada a nivel internacional, España es uno de los países que considera estos contratos ilegales, lo que ha ocasionado que los ciudadanos españoles interesados en tales prácticas recurran al turismo reproductivo, es decir, se desplacen a otros países en los que sí está permitida la maternidad subrogada, volviendo posteriormente a España para solicitar aquí la inscripción de la filiación a su favor en el Registro Civil español.

De este modo se han generado numerosos problemas en nuestro país a la hora de inscribir a los menores (cuestión que será abordada más adelante en este trabajo), que se han tratado de paliar por la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante, DGRN) primero mediante la Resolución de 18 de febrero de 2009, y más adelante con la Instrucción DGRN de 5 de octubre de 2010.

3. DERECHO COMPARADO

3.1 REGULACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL DE LA MATERNIDAD SUBROGADA

A nivel internacional no existe consenso sobre la maternidad subrogada. Son diversas las posturas que al respecto podemos encontrar en los distintos ordenamientos jurídicos, desde Estados que prohíben la subrogación hasta Estados que la permiten, e incluso la fomentan.

En general, las posturas que pueden adoptar los Estados se clasifican del siguiente modo:

- (A) Estados que prohíben toda forma de maternidad subrogada
- (B) Estados que no disponen de una regulación sobre la maternidad subrogada
- (C) Estados que expresamente permiten y regulan la maternidad subrogada en su modalidad altruista
- (D) Estados que permiten toda forma de maternidad subrogada, incluyendo la comercial¹⁴

A. Estados que prohíben toda forma de maternidad subrogada

Dentro de esta categoría encontramos el mayor número de Estados, entre ellos España, en los que se impone la prohibición legal de la gestación por sustitución y la nulidad de todos los acuerdos llevados a cabo con dicho fin.

¹⁴ FINKELSTEIN, A. *Surrogacy Law and Policy in the U.S.: A national conversation informed by global lawmaking*. Columba Law School Sexuality and Gender Law Clinic. 2016, p.11

En **Francia** la situación es muy similar a la nuestra: los contratos de maternidad subrogada son nulos y están prohibidos. Sin embargo, en 2015 el Tribunal Supremo francés reconoció¹⁵ como ciudadanos franceses a niños nacidos en el extranjero en virtud de esta práctica, siempre y cuando uno de los padres fuese de nacionalidad francesa. El número de padres que mediante diversos mecanismos intenta eludir la prohibición francesa frente a la subrogación está creciendo significativamente, lo que ha supuesto en Francia reabrir el debate sobre si es necesario o no reformar su postura ante la maternidad subrogada.

De forma similar, **Alemania** también deja nulo y sin efecto todo contrato celebrado con este objeto y, al igual que sus países vecinos, prohíbe su práctica. El fundamento alemán para oponerse a la gestación por sustitución es que perciben este proceso como una violación de la dignidad humana del niño y de la madre gestante, considerando que se reduce a las personas a meros objetos de un contrato. A pesar de la firme postura, el Tribunal Federal de Justicia Alemán reconoció¹⁶ sus derechos paterno filiales a una pareja alemana del mismo sexo que había tenido mediante gestación por sustitución un hijo en California, al haber sido utilizado el material genético de uno de ellos.

Otro país europeo que mantiene la postura generalizada de la prohibición es **Italia**. Recientemente ha sido protagonista en cuanto al debate de la maternidad subrogada, debido al mediático caso Paradiso y Campanelli, cuyo análisis se llevará a cabo de forma más detenida en este trabajo, ya que este caso ha supuesto un inesperado cambio en la postura del Tribunal Europeo de Derechos Humanos respecto a la subrogación¹⁷.

Fuera del continente europeo existen otros países en los que también se prohíbe legalmente esta práctica. Dentro de Estados Unidos, por ejemplo, a pesar de que la postura legislativa al respecto varía mucho de un Estado a otro, Estados como **Michigan** o **Nueva York** prohíben y castigan la subrogación comercial, sancionando esta práctica con penas que van desde la sanción económica hasta la entrada en prisión¹⁸.

Finalmente, países islámicos como puede ser **Marruecos** o **Arabia Saudí** consideran que la filiación biológica no puede ser modificada debido a la imposición religiosa de la Sharia islámica, sin perjuicio de que sus ordenamientos sí que prevean instituciones protectoras del menor (como la Kafala), análogas al acogimiento familiar¹⁹.

¹⁵ Cour de cassation, decisión July 3, 2015, disponible en http://www.courdecassation.fr/documents_traduits_2850/english_2851/the_transcription_7252/press_release_32236.html

¹⁶ Tribunal Supremo Alemán, decisión XII ZB 463/13. Diciembre 10, 2014. Disponible en <https://www.crin.org/en/library/legal-database/supreme-court-germany-decision-xii-zb-463/13-bundesgerichtshof-beschluss-xii>.

¹⁷ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sección Segunda: Caso Paradiso y Campanelli contra Italia (25458/12) (2015)

¹⁸ FINKELSTEIN. A. *Surrogacy Law and Policy in the U.S.: A national conversation informed by global lawmaking*. Columba Law School Sexuality and Gender Law Clinic. 2016, p.9

¹⁹ PÉREZ-OLLEROS. FJ, *Gestación por sustitución*. 2017, p.9

Con la prohibición lo que pretenden estos Estados no sólo es evitar, sino eliminar la práctica de la subrogación en sus territorios²⁰. Evidentemente, este no es el efecto que finalmente se está obteniendo. La prohibición no frena los contratos de subrogación, si no que promueve el turismo reproductivo y genera diversos problemas jurídicos cuando los padres retornan a sus países de origen con los niños concebidos mediante maternidad subrogada en el extranjero.

B. Estados que no disponen de una regulación sobre la maternidad subrogada

Existen algunos países cuyos ordenamientos no se pronuncian de forma expresa sobre la prohibición en contra de la maternidad subrogada. Cabría citar en este punto Estados como Argentina, Bélgica, Irlanda, Venezuela o Suecia.

Suecia es un ejemplo de Estado en el que sus leyes actualmente no contemplan la maternidad subrogada. Sin embargo, en febrero de 2016, una comisión del gobierno sueco emitió un informe en el que concluía necesaria su regulación, estableciendo en sus normas la prohibición a toda forma de gestación por sustitución. Sin embargo, aún se está a la espera de que dicha recomendación sea adoptada en forma de ley²¹.

C. Estados que expresamente permiten y regulan la maternidad subrogada altruista

La maternidad subrogada, como ya se explicó anteriormente, puede llevarse a cabo, o bien de forma altruista o bien de forma comercial. Determinados Estados permiten la celebración en sus territorios de contratos de gestación por sustitución siempre y cuando se traten de la modalidad altruista, es decir, siempre y cuando no medie precio en el contrato²². Sin embargo, es preciso señalar que, en ciertas jurisdicciones, a pesar de establecer sanciones penales a la gestación comercial, la ley sí permite el abono o reintegro a la madre gestante de cantidades de dinero razonables como reembolso por los gastos médicos generados por el embarazo. Algunos de los Estados que permiten en su territorio la celebración de contratos de gestación subrogada altruista son Australia, Sudáfrica, Grecia, Reino Unido o Canadá.

Canadá, por ejemplo, prohíbe de forma expresa la gestación comercial, aunque sí permite la subrogación altruista, imponiendo como requisito que la madre gestante sea mayor de 21 años²³. Como curiosidad, dentro de Canadá, la provincia de Quebec sí prohíbe de forma rigurosa la subrogación, incluyendo la modalidad altruista.

²⁰ LAMM, E. *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada, ni alquiler de vientres*. Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, 2012, p.12

²¹ KAJSA EKIS EKMAN, *All surrogacy is exploitation-the world should follow Sweden's ban*, GUARDIAN (febrero, 25,2016) disponible en <http://www.theguardian.com/commentisfree/2016/feb/25/surrogacy-sweden-ban>

²³ VILAR GONZÁLEZ, S. *Situación actual de la gestación por sustitución*. Revista de derecho UNED, num 14. 2014. P. 908.

Las jurisdicciones que permiten la celebración de estos contratos en su modalidad altruista distinguen para ello entre la utilización de dos procedimientos: de un lado, algunos de los Estados la regulan mediante un proceso de “pre-aprobación”²⁴. Esto significa que comitentes y gestante deberán presentar su acuerdo frente a un organismo (bien sea un tribunal o un comité) para que apruebe el contrato antes de iniciar el tratamiento médico. La función de estos organismos es verificar el cumplimiento de lo previsto normativamente al respecto. Un ejemplo de este tipo de regulación puede ser **Grecia**.

Se trata de un sistema más radical ya que no permite a la madre gestante cambiar de opinión respecto al embarazo. La protección de los padres de intención ante cambios de parecer es mayor, pues se exige que el acuerdo sea aprobado con el consentimiento de todas las partes involucradas antes de la concepción. De este modo se tratan de evitar las posibles controversias que pudieran surgir, o en cierto modo, facilitar su resolución.

De otro lado, la regulación de algunos Estados simplemente establece el procedimiento por el cual lograr que los padres de intención obtengan la paternidad legal del niño nacido a raíz de un contrato de maternidad subrogada ex post facto²⁵. En esta categoría podemos enmarcar la legislación de **Reino Unido**. El Acta de Acuerdos de Subrogación de 1985²⁶ prohíbe expresamente la subrogación comercial, aunque sí se permite el reintegro a la madre gestante de los gastos ocasionados por la gestación y no cubiertos por la Seguridad Social. Los acuerdos de subrogación están reconocidos, pero no se obliga al cumplimiento ya que la madre gestante es la madre legal del menor hasta que los comitentes obtengan una orden judicial o una orden de adopción que les conceda la condición de padres legales, lo que permite a la madre gestante conservar sus derechos de filiación, a pesar de no tener vínculos genéticos con el menor²⁷.

Este segundo grupo de Estados lo que pretende es otorgar una mayor protección a la gestante, no limitando su capacidad de decisión autónoma sobre el embarazo, es decir, amparan su posibilidad de cambiar de opinión. Además, se mantiene el principio romano *mater semper certa est*, lo que tiende a generar problemas puesto que implica que la gestante es también madre, así como la madre de intención.

D. Estados que permiten toda forma de maternidad subrogada

Finalmente, nos encontramos con un grupo de Estados en los que se permite de forma amplia todo tipo de maternidad subrogada, es decir, Estados en los que es completamente legal la subrogación, sin distinción entre altruista o comercial. Tal es el

²⁴ LAMM, E. *Gestación por sustitución. Realidad y derecho*, INDRET, Revista para el análisis del derecho 2012, p. 13

²⁵ LAMM, E. *Gestación por sustitución. Realidad y derecho*, INDRET, Revista para el análisis del derecho 2012, p.15

²⁶ Surrogacy arrangements Act 1985, disponible en <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/49>

²⁷ VILAR GONZÁLEZ, S. *Situación actual de la gestación por sustitución*. Revista de derecho UNED, num 14. 2014. P. 908.

caso de Rusia, India, Ucrania o determinados Estados de Estados Unidos, destacando sobre todo California.

California dispone de una ley que expresamente permite y regula la subrogación. De igual modo, el Estado también permite compensaciones económicas para la madre gestante, aunque la ley no aclara cual es límite razonable de la cantidad que puede ser abonada. California no restringe la capacidad para ser parte de este contrato: ni bien como gestante, ni bien como padre de intención. La ley tampoco impone requisitos de residencia a ninguna de las partes²⁸.

El destino más popular para los comitentes donde la subrogación comercial está explícitamente permitida es **Ucrania**. Las leyes de este país son totalmente permisivas con la maternidad subrogada, llegando incluso a facilitar la posibilidad de elegir el sexo del bebe antes de la gestación. El ordenamiento ucraniano ni otorga protección a la madre gestante ni le concede derechos sobre el bebé, legalmente los únicos progenitores que constan ante sus Registros oficiales son los padres de intención. Sin embargo, el acceso a este tipo de gestación está restringido únicamente a parejas heterosexuales casadas o a sujetos individuales, prohibiéndose el acceso a parejas del mismo sexo.

Aparte de Ucrania, otro de los destinos más solicitados en Europa del Este es **Rusia**, que regula la maternidad subrogada en los artículos 51 y 52 de su Código de Familia, defendiendo los derechos tanto de los comitentes como de la gestante²⁹. Las leyes federales de Rusia sobre las Bases de la Protección de la Salud de los Ciudadanos de la Federación rusa confieren el derecho a llevar a cabo la gestación subrogada tanto a parejas como a mujeres solteras, con independencia del estado civil. La única prohibición expresa al acceso de dicha práctica es a las parejas del mismo sexo y a los hombres solteros, debido a que la ley exige determinados requisitos para ser parte comitente, tales como ausencia de útero o enfermedades que contraindiquen el embarazo, lo que supone negar el acceso a los varones. La ley rusa también prevé la posibilidad de que los padres de intención puedan inscribirse como padres directamente en el Libro de Nacimiento siempre que la madre gestante preste su consentimiento.

Durante las últimas décadas la **India** fue el destino por excelencia para la celebración de contratos de maternidad subrogada, debido a la flexibilidad de su legislación y al bajo coste, sin embargo, a la luz de las constantes polémicas y acusaciones de explotación de la mujer, en el año 2015 se vio obligada a prohibir la subrogación comercial a los padres de intención extranjeros, como medida enfocada a paliar el descontrol de esta práctica en su territorio. Al igual que la India, otros Estados como Tailandia, Nepal o Méjico

²⁸ FINKELSTEIN, A. *Surrogacy Law and Policy in the U.S.: A national conversation informed by global lawmaking*. Columba Law School Sexuality and Gender Law Clinic. 2016, p. 9

²⁹ VILAR GONZÁLEZ, S. *Situación actual de la gestación por sustitución*. Revista de derecho UNED, núm 14. 2014. P. 907.

están buscando ahora el modo de prohibir o restringir el acceso a la gestación subrogada a los extranjeros³⁰.

En definitiva, podemos afirmar que las posturas a nivel mundial en cuanto a la maternidad subrogada varían significativamente de un Estado a otro, tendiendo generalmente a permitir su práctica los países en vías de desarrollo, los cuales han convertido esta técnica de reproducción en uno de sus núcleos económicos.

Actualmente las políticas de los Estados sobre el tema parecen estar fluctuando, pues son varios los países que están planteando modificar sus leyes, ejemplo reciente es Portugal, que ha flexibilizado su normativa permitiendo la celebración de contratos altruistas; o Tailandia, que ha endurecido su regulación prohibiendo el acceso a los padres de intención extranjeros. Sin embargo, debe ser tenido en cuenta que debido a la dimensión internacional de esta práctica y al complejo crecimiento que experimenta cada año, queda cada vez más patente la necesidad de una armonización normativa a nivel internacional que permita una regulación internacional coherente, ética y práctica sobre la técnica de la subrogación. La tendencia actual es regular la situación con la finalidad de, no solo aportar soluciones y proteger al menor, si no de velar por los derechos de la madre gestante y los padres de intención frente a los posibles abusos y problemas que se pueden derivar durante el proceso³¹.

3.2 POSICIÓN JURÍDICA EN EL DERECHO COMUNITARIO

A nivel comunitario, el Parlamento Europeo también ha manifestado su postura respecto a la gestación subrogada, posicionándose en contra. En marzo de 2012 la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado emitió un informe sobre la creciente problemática derivada de los contratos de subrogación internacionales, en el cual evidenciaba las complicaciones que se estaban materializando resultado del aumento a nivel internacional de dicha práctica, destacando los problemas que surgen en torno a la nacionalidad de los menores nacidos por esta vía –derivando en ocasiones en menores apátridas, sin familia, que llegan incluso a acabar abandonados- y la incertidumbre jurídica respecto a los derechos de los padres³².

En el año 2014, en su Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo y la política de la Unión Europea, manifestó su condena a la técnica de la maternidad subrogada por considerarla *contraria a la dignidad humana de la mujer, ya que su cuerpo y sus funciones reproductivas se utilizan como una materia prima*. Para el Parlamento Europeo el uso de los vientres de alquiler implica la explotación de las

³¹ VILAR GONZALEZ, S. *Situación actual de la gestación por sustitución*. Revista de derecho UNED, num 14. 2014. P. 904.

³² Conferencia de la Haya. *A preliminary report on the issues arising from International Surrogacy Arrangements* (2012). P.8 Disponible en: www.hcch.net/upload/wop/gap2012pd10en.pdf

funciones reproductivas y la utilización del cuerpo con fines financieros, por lo que debe ser prohibida³³.

En cuanto al Consejo de Europa el asunto lo está tratando el Comité de Asuntos Sociales, de Salud y Desarrollo Sostenible, aunque ha rechazado ya en dos ocasiones aprobar la posibilidad de regular la maternidad subrogada.

Los únicos avances a tal efecto en la Unión Europea nos han llegado de manos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en un primer momento con el asunto MENNESSON Y LABASSE contra FRANCIA, y recientemente con el polémico caso PARADISO Y CAMPANELLI contra ITALIA.

4. TURISMO REPRODUCTIVO

“Turismo reproductivo” es la denominación que recibe la práctica, cada vez más habitual, en la que ciudadanos de países en los que la gestación por sustitución está prohibida, acuden a otros Estados en los que dichas técnicas sí están legalizadas –e incluso se fomentan- para llevarlas a cabo.

Los Estados a los que los comitentes suelen viajar están geográficamente dispersos, incluyendo entre las principales opciones Europa del Este, Asia y Norte América. En 2014 los destinos más populares eran el Estado de California en Estados Unidos, y la India, seguidos de países como Tailandia, Ucrania, Rusia, Georgia y Canadá³⁴.

Tal y como sugiere LAZCOZ MORATINOS en su trabajo “Construyendo un diálogo: gestación por sustitución”: *quizá no sea apropiado hablar de turismo, pero es innegable que estamos ante toda una industria reproductiva*³⁵.

La Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado llevó a cabo en el año 2012 un informe sobre los problemas que estaban surgiendo entorno a los contratos internacionales de subrogación. En dicho informe se evidencia el crecimiento de la industria a un ritmo continuo y desorbitado, llegando a afirmarse que el número de agencias internacionales que ofertan los servicios de gestación por sustitución a nivel mundial es imposible de determinar y estimando un crecimiento entre los años 2006 y 2010 de casi el 1.000% en torno a esta práctica³⁶.

³³ PEREZ-OLLEROS, FJ. *Gestación por sustitución*. 2017, p.7

³⁴ FINKELSTEIN. A. *Surrogacy Law and Policy in the U.S.: A national conversation informed by global lawmaking*. Columba Law School Sexuality and Gender Law Clinic. 2016, p.7.

³⁵ LAZCOZ MORATINOS, G; *Construyendo un diálogo: Gestación por sustitución*, XXIII Congreso Nacional de Derecho Sanitario 20-22 octubre 2016, Madrid, p 3

³⁶ Conferencia de la Haya. *A preliminary report on the issues arising from International Surrogacy Arrangements* (2012). P.8 Disponible en: www.hcch.net/upload/wop/gap2012pd10en.pdf

A pesar de lo desorbitado de las cifras, los datos que se conocen o se publican sobre la subrogación son muy limitados, sobre todo la información relativa al número de niños nacidos cada año por estas técnicas. Esto es debido a que en los países donde la maternidad subrogada es legal no se puede controlar con claridad la incidencia de la subrogación frente a otras técnicas de reproducción asistida. A ello se le suma el hecho de que normalmente los padres de intención que realizan viajes transfronterizos no suelen informar de estos contratos por el miedo a la desaprobación social o la ilegalidad en su país de origen.

Los estadistas también han remarcado que los avances en las técnicas de reproducción asistida han contribuido a hacer la gestación por sustitución más popular, lo que subraya el significativo crecimiento de la industria en los últimos años. Dentro de la subrogación, la modalidad plena o gestacional es de lejos la más utilizada. Se estima que en torno al 95% de los contratos de subrogación celebrados en Estados Unidos son mediante la modalidad gestacional³⁷. A pesar de las distintas posibilidades, el perfil habitual de usuario de este tipo de servicio son parejas heterosexuales casadas y con una necesidad médica.

Existe una variación significativa entre cuánto puede costar un contrato de maternidad subrogada según los distintos Estados. El coste va asociado con la subrogación, incluyendo los gastos médicos, legales y el pago a intermediarios (las agencias), así como a la madre gestante y a los donantes –en caso de no aportar los comitentes su material genético-. De forma habitual, estos contratos tienen un coste más elevado en Estados Unidos que en el resto de países, aunque siempre dependerá de las circunstancias del caso. Se han reportado casos que van desde los 11.600 dólares en Ucrania a los 2.818 que se pueden pagar en Canadá. En Estados Unidos el coste medio por un contrato de este tipo puede variar entre los 20.000 y los 80.000 dólares³⁸.

En cuanto a la relación entre la madre gestante y los padres comitentes también varía según el Estado donde se lleve a cabo el contrato. Por ejemplo, en India las gestantes normalmente tienen una posición desfavorecida respecto de los comitentes a nivel socio económico y educativo, lo que se traduce en un contacto muy reducido entre ellos. Por contraposición, en Estados Unidos es frecuente el contacto entre los sujetos.

Al igual que hemos visto como varía el precio y las relaciones entre los sujetos de un Estado a otro, otra cuestión que también está supeditada al país en que se suscribe el contrato es la atención médica, y es de nuevo en gran parte consecuencia de la autorregulación de esta industria. En 2012 se reportaron preocupaciones a la Conferencia de

³⁷ FINKELSTEIN. A. *Surrogacy Law and Policy in the U.S.: A national conversation informed by global lawmaking*. Columba Law School Sexuality and Gender Law Clinic. 2016, p.7.

³⁸ FINKELSTEIN. A. *Surrogacy Law and Policy in the U.S.: A national conversation informed by global lawmaking*. Columba Law School Sexuality and Gender Law Clinic. 2016, p.7.

la Haya de Derecho Internacional Privado en relación a la baja calidad de la sanidad en India, Tailandia y Ucrania³⁹.

Tras este breve resumen sobre el tamaño de la industria reproductiva, así como los factores que contribuyen a ella y los costes implicados, es necesario analizar también los problemas que genera el turismo reproductivo.

En primer lugar, es preocupante observar que, debido al coste que supone tanto el desplazamiento como el contrato en sí y todo lo que se deriva de su celebración, la maternidad subrogada es una práctica cuyo disfrute está al alcance de muy pocos, pues económicamente no todo el mundo puede permitírselo. En segundo lugar, resulta del todo imposible asegurar un control absoluto en la calidad y seguridad de los servicios ofrecidos, lo que se traduce en riesgos tanto para los niños como para las madres, y mucho más en mujeres en países en desarrollo. En último lugar, no podemos obviar que el turismo reproductivo es en determinados casos una forma de eludir las normas legales de países en los que se prohíbe la mercantilización de los menores y la utilización como objeto de comercio del cuerpo de la mujer.

En torno a la maternidad subrogada existe una contraposición de opiniones, pues como todo, tiene sus detractores y defensores. Algunos autores, a la vista de los innegables problemas y de las consecuencias que se derivan de esta práctica, defienden la necesidad de prohibir el turismo reproductivo. En cambio, otro sector de la doctrina ve en él la oportunidad de armonizar y unificar legislaciones, de forma que se facilite el acceso a estas prácticas y sea menos problemático el retorno al país de origen una vez nacido el bebé, que es generalmente cuando se da comienzo a la mayor parte de los problemas legales⁴⁰.

5. LA PROBLEMÁTICA JURÍDICA EN ESPAÑA ENTORNO A LA MATERNIDAD SUBROGADA

5.1 EN MATERIA DE DERECHO CIVIL

A. La inscripción del menor en el Registro Civil

El Estado es el garante de la protección del menor, tanto antes como después de su nacimiento, debido a la falta de madurez física y psicológica de este, especialmente en lo que atañe al ámbito legal. Son numerosos los instrumentos internacionales que proclaman y establecen derechos del niño, obligando a los propios Estados a

³⁹ FINKELSTEIN, A. *Surrogacy Law and Policy in the U.S.: A national conversation informed by global lawmaking*. Columba Law School Sexuality and Gender Law Clinic. 2016, p.8.

⁴⁰ LAMM, E. *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada, ni alquiler de vientre*. Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, 2012, p.21

materializar dichos derechos en sus ordenamientos mediante las correspondientes medidas legislativas.

La Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 de las Naciones Unidas, así como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 establecen el derecho del niño a tener un nombre, una nacionalidad y ser inscrito inmediatamente después de su nacimiento⁴¹. Por tanto, la inscripción constituye uno de los derechos fundamentales del niño.

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico, la Constitución Española consagra en su artículo 39 *la protección integral de los hijos, iguales estos ante la ley con independencia de su filiación y de la madre*, mandato al que se da cumplimiento con la práctica de la inscripción en el Registro Civil Español⁴².

Sin embargo, en la práctica ha sido problemática la inscripción de los menores en los casos en que su nacimiento ha sido fruto de un contrato de gestación subrogada. Como consecuencia de los numerosos recursos presentados por ciudadanos españoles a los que el Registro Civil les negó la inscripción de niños nacidos en el extranjero mediante estas técnicas, en el año 2010, la Dirección General de los Registros y del Notariado dictó la **Instrucción de la DGRN 5 de octubre de 2010**, publicada en el BOE núm. 243 del mismo año - rectificando el criterio fijado anteriormente por la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009-, con el único propósito de unificar la práctica registral y otorgar plena protección jurídica al interés superior del menor. Sin embargo, la solución contenida en dicha Instrucción fue rechazada por muchos por considerar que quebraba el principio de legalidad de nuestro sistema registral y que merma la seguridad jurídica⁴³.

A partir de la Instrucción podían inscribirse en España los niños nacidos mediante maternidad subrogada siempre que existiese una resolución judicial dictada por el Tribunal competente del lugar donde se hubiese producido el nacimiento que declarase tal filiación.

El Ministerio Fiscal interpuso un recurso ante el Tribunal Supremo impugnando la Instrucción de la DGRN, sobre el que el Tribunal se pronunció dictando **la Sentencia del TS de 6 de febrero de 2014 (núm. 835/2013)**, en la que se ratificaba en la postura de denegar la inscripción en España de los menores nacidos por gestación subrogada, recordando la prohibición de dicha técnica por nuestro ordenamiento jurídico y alegando que permitir el registro de estos menores supondría infringir el orden público internacional español por vulnerar la dignidad de la mujer gestante y del menor.

Tras este pronunciamiento se paralizaron numerosas inscripciones que estaban pendientes ante el Registro y, en el mismo año de la sentencia del TS, el Tribunal

⁴¹ Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 de las Naciones Unidas disponible en: <http://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>

⁴² CE, 1978 disponible en: http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/constitucion.html

⁴³ VILAR GONZÁLEZ, S. *Situación actual de la gestación por sustitución*. REVISTA DERECHO UNED num. 14, 2014, p. 915-916.

Europeo de Derechos Humanos dictó dos polémicas sentencias **el 26 de junio de 2014: asuntos 65192/11 Mennesson contra Francia y 65941/11 Labasseé contra Francia**. El TEDH condenó en sus fallos al Estado francés por la negativa a inscribir a los menores nacidos por gestación subrogada cuando existía una sentencia extranjera que reconocía su filiación.

Las sentencias dictadas por el TEDH –no olvidemos que la jurisprudencia del TEDH es parte de nuestro sistema de fuentes- hicieron emitir a la Dirección General de los Registros y del Notariado una **Circular**, de fecha **11 de julio de 2014**, ordenando a los Registros Civiles aplicar la Instrucción de 5 de octubre de 2010, al considerar que la misma continuaba vigente sin que le afectara la jurisprudencia sentada por la STS de 6 de febrero de 2014.

A pesar de la postura de la DGRN, el Tribunal Supremo siguió manteniendo el criterio expuesto en su sentencia de 6 de febrero de 2014 mediante un Auto dictado el 2 de febrero de 2015 (núm. Rec. 245/2012), dictado por la Sala de lo Civil en pleno en atención a un incidente de nulidad interpuesto contra su Sentencia anteriormente citada de 6 de febrero de 2014 aludiendo a que *“el derecho a crear una familia no es ilimitado y no incluye la facultad de establecer lazos de filiación por medios no reconocidos como tales por el ordenamiento jurídico”*⁴⁴.

Actualmente en nuestro país, a pesar de la expresa prohibición legal contenida en el artículo 10 LTRHA sobre los contratos de gestación subrogada, sí que se está llevando a cabo un reconocimiento incidental, de forma fraudulenta, mediante la inscripción en el Registro Civil cuando en determinados casos la filiación es reconocida judicialmente en el extranjero (concretamente en el país de origen del menor), por aplicación de la ya citada Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010⁴⁵.

Recientemente, el TEDH ha modificado su doctrina con la Sentencia de 24 de enero de 2017, en el caso PARADISO Y CAMPANELLI contra Italia, lo que supondrá que el criterio defendido por la DGRN ya no podrá sostenerse más.

B. La filiación

En el ámbito de la maternidad subrogada, en relación con la filiación pueden llegar a plantearse diversas cuestiones jurídicas que, en caso de producirse en nuestro país habría de abordar de conformidad con nuestro ordenamiento jurídico.

La abogada y profesora ROMERO COLOMA lleva a cabo un análisis pormenorizado en su artículo monográfico “La maternidad subrogada a la luz del derecho y la jurisprudencia” de las distintas situaciones que se pueden derivar respecto de la filiación entorno a las partes implicadas en un contrato de maternidad subrogada, que a continuación se comentan:

⁴⁴ PEREZ-OLLEROS, FJ. *Gestación por sustitución*, 2017, p.12

⁴⁵ PEREZ-OLLEROS, FJ. *Gestación por sustitución*. 2017, p.9

En relación con la filiación del menor nacido de gestación subrogada, podría plantearse la situación de que, tras realizar las pertinentes pruebas de paternidad o maternidad, el menor no resultase hijo de quien o quienes aportaron el material genético para la gestación, es decir, **el nacido no es realmente hijo del comitente aportante de material genético**. En este caso, la filiación no podrá determinarse legalmente respecto de los comitentes sin su expreso consentimiento. A falta del mismo, la filiación se determinaría respecto de la madre gestante (*mater Semper certa est*) y se mantendría la presunción de paternidad respecto del marido de ésta –si lo hubiese-, en virtud del artículo 116 del Código Civil. Si bien cabría impugnar dicha atribución mediante la acción de reclamación no matrimonial correspondiente. Por último, señalar que en caso de producirse la inseminación de la mujer mediante técnicas de reproducción asistida -y en tal caso, el padre genético fuese donante anónimo-, de conformidad con el artículo 5.5 de la LTRHA no cabría reclamación de filiación alguna.

Un ejemplo reciente ha tenido lugar en Holanda, donde la Justicia ha fallado a favor de una madre concediéndole la custodia del bebé que gestó para una pareja gay. Tras prestarse como madre de intención para esta pareja, la mujer durante el período de embarazo mantuvo relaciones sexuales con su marido. Tras el nacimiento del bebé, los análisis de ADN demostraron que genéticamente el padre de ésta era el marido de la gestante y a quienes finalmente los tribunales le concedieron la custodia de la menor⁴⁶.

En la práctica también podemos encontrar casos en los que, durante la gestación del embarazo, se produzca una **crisis familiar** en la relación de los comitentes que ponga fin a la misma. En tal caso, es preciso recordar el contenido del artículo 92.1 CC que, literalmente establece “*la separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos*”, por lo que siguen subsistiendo obligaciones propias de los padres como prestar alimentos de conformidad con los artículos 110, 11 y 154 CC. Recordemos que en un convenio por el que se regula la maternidad subrogada y que goza del consentimiento de ambas partes, el derecho a la paternidad lo ostentan los padres de intención, con independencia de que haya habido o no aportación genética, ya que en todo caso ambos serán considerados padres biológicos a todos los efectos. El consentimiento que contiene el convenio es irrevocable por parte de los contratantes, por lo que, en el hipotético caso de la crisis familiar de los padres de intención, la gestante no podrá aludir a tal crisis para justificar un incumplimiento contractual, negándose a poner al menor a disposición de los contratantes.

Una de las situaciones que más se ven en la práctica es la **negativa de la gestante a la entrega del nacido**. En un contrato de maternidad subrogada, los padres de intención tienen derecho a hacerse cargo del menor desde su nacimiento que, conforme al artículo 30 CC se produce cuando el bebé nace con vida y se ha producido completamente el desprendimiento del seno materno, lo que le otorga personalidad jurídica. Normalmente, estos convenios incluyen cláusulas de responsabilidad civil –e incluso penal-, en la que

⁴⁶ IMANE RACHIDI, La Haya (22 de mayo 2017). EL MUNDO disponible en: <http://www.elmundo.es/sociedad/2017/05/22/5922f702e5fdeaa1298b45c2.html>

incurriría la gestante en caso de incumplir su obligación contractual de entrega del bebé, valorando tanto daños materiales como morales.

El incumplimiento contractual también puede venir dado por los padres de intención cuando **no abonan la compensación o indemnización pactada en el convenio**. Normalmente este supuesto se produce cuando ven empeorada su fortuna o cuando debido a una insolvencia sobrevenida no pueden hacer frente a la deuda económica contraída. Debido a la especial naturaleza de la situación, pues el incumplimiento de la obligación afecta de forma directa a un menor, lo deseable sería que dicha situación se previese mediante la inclusión de una cláusula en el convenio por la que se regulase que el impago de la compensación daría lugar a la intervención de los Servicios Sociales de la Comunidad Autónoma correspondiente, quienes, tras el abono de las cantidades a la gestante, procederían a la devolución del menor.

Otra cuestión, especialmente compleja, es la relativa al **fallecimiento**, o declaración de fallecimiento, de una o de ambas partes contratantes. La filiación, en este caso, se establecerá a favor de la persona (o personas) fallecida, y conforme al artículo 234 y siguientes del Código Civil, el Juez tendrá la obligación de nombrar un tutor para su cuidado. No cabría rescindir el convenio o declararlo ineficaz, permitiendo a la gestante quedarse el hijo, incluso aunque procediese al reintegro de las cantidades abonadas y a la renuncia de las no percibidas. Como bien afirma Aurelia Romero Coloma en su artículo monográfico sobre la Maternidad subrogada a la luz del derecho y la jurisprudencia, *“En cualquier caso, quedarían eliminados, dada la índole irrevocable del consentimiento prestado y la ruptura ab initio de los vínculos jurídicos de filiación respecto de la mujer gestante, cualquier derecho de esta sobre el nacido”*. Para evitar este tipo de controversias, lo indicado sería incluir en el propio convenio de subrogación una cláusula de nombramiento de tutor para el menor para el caso de fallecimiento de uno o ambos comitentes antes del nacimiento.

Al hilo del posible fallecimiento de los comitentes, cabría plantear si existe la posibilidad de que la madre gestante se haga cargo del menor, no como tutora si no como progenitora. La postura lógica ante tal hipótesis sería conceder a la madre gestante una posición preferente para ser nombrada tutora del menor.

Subrayar, también, que en caso de que sólo uno de los padres contratantes falleciese, el contrato seguiría desplegando efectos sin sufrir ninguna alteración, a pesar de que el fallecido hubiese sido quien aportase el material genético a la gestación. No podrá realizarse ninguna discriminación a los padres de intención en base a la aportación o no de material genético a la gestación.

Si en nuestro caso hipotético, fuese la mujer gestante la fallecida durante el período de gestación, naturalmente el convenio quedaría extinguido. Sin embargo, la ley permitiría a los herederos de la fallecida exigir el pago de las cantidades estipuladas por contrato, ya que únicamente éstas quedarían extinguidas cuando la inviabilidad del embarazo fuese debida a causas imputables a la gestante, como por ejemplo un aborto voluntario.

En relación con la idea anterior, cabe que la madre gestante decida poner término al embarazo mediante un **aborto voluntario** y no terapéutico. De acuerdo con nuestra legislación, la mujer es libre de ejercer su derecho al aborto en las 14 primeras semanas de embarazo, no pudiendo los contratantes impedir su decisión. En este caso, sería posible la inclusión en el convenio de maternidad subrogada de una cláusula que prevea la indemnización tanto por los daños y gastos materiales ocasionados, como por el daño moral causado a los padres de intención, así como la devolución de las cantidades ya percibidas.

En el caso un **aborto espontáneo o inducido por circunstancias sobrevenidas** —es decir, exista un grave riesgo para la vida o salud de la embarazada, o exista riesgo de graves anomalías en el feto incompatibles con la vida- la mujer gestante tendrá derecho a una indemnización razonable por los gastos de embarazo y alumbramiento no cubiertos por la Seguridad Social. Si los problemas con el feto no fuesen realmente graves o no afectasen a la salud de la mujer embarazada, no podrán los contratantes decidir sobre la no continuación del embarazo, debiendo aceptar la eventual discapacidad psíquica o física con la que el menor pudiese nacer.

Finalmente, un último supuesto a plantear sería el caso en que **los comitentes** —o comitente- **rechazasen al nacido**, negándose a hacerse cargo del menor. En este caso, la mujer gestante deberá poner en conocimiento de la entidad pública encargada de la protección del menor estos hechos, conforme al artículo 172.1 CC⁴⁷.

Dejando a un lado los supuestos hipotéticos que podrían producirse en nuestro país de permitirse la celebración de estos contratos, es preciso subrayar los efectos discriminatorios que tiene en los menores el rechazo a la concesión de efectos a las

⁴⁷ España. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Boletín Oficial del Estado. Artículo 172. 1 CC. Cuando la Entidad Pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los menores constate que un menor se encuentra en situación de desamparo, tiene por ministerio de la ley la tutela del mismo y deberá adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda, poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal y, en su caso, del Juez que acordó la tutela ordinaria. La resolución administrativa que declare la situación de desamparo y las medidas adoptadas se notificará en legal forma a los progenitores, tutores o guardadores y al menor afectado si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuere mayor de doce años, de forma inmediata sin que sobrepase el plazo máximo de cuarenta y ocho horas. La información será clara, comprensible y en formato accesible, incluyendo las causas que dieron lugar a la intervención de la Administración y los efectos de la decisión adoptada, y en el caso del menor, adaptada a su grado de madurez. Siempre que sea posible, y especialmente en el caso del menor, esta información se facilitará de forma presencial. Se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material.

La asunción de la tutela atribuida a la Entidad Pública lleva consigo la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria. No obstante, serán válidos los actos de contenido patrimonial que realicen los progenitores o tutores en representación del menor y que sean en interés de éste.

La Entidad Pública y el Ministerio Fiscal podrán promover, si procediere, la privación de la patria potestad y la remoción de la tutela.

sentencias extranjeras, denegándoles la inscripción en el Registro Civil⁴⁸.

El no reconocimiento a la filiación conlleva una serie de costes en la vida del menor, sobre todo costes identitarios, pues el derecho a la vida privada del menor (consagrado en el artículo 8 CEDH) se ve comprometido. Otro efecto de la negativa a la inscripción del menor es que éste se ve privado de nacionalidad, así como de los derechos sucesorios que le correspondan sobre sus padres de intención.

Asimismo, se incurre en costes procesales pues del rechazo de la inscripción nace el inicio de un proceso judicial –tanto en el país extranjero como en España–, con los costes temporales, económicos y personales que ello conlleva.

Por tanto, queda latente que el no reconocimiento de la filiación sí tiene consecuencias reales para los menores, lo que obliga a los poderes públicos a guiar sus decisiones ponderando siempre todos los bienes jurídicos en juego, y presidiendo en cada una de ellas el interés superior del menor.

C. El interés superior del menor

El primer tratado que estableció la protección de los derechos, intereses y bienestar de los menores es la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada el 20 de noviembre de 1989 por la Asamblea General de la ONU, vinculante para todos los Estados firmantes, entre los que se encuentra nuestro país, y el más importante a día de hoy. Los Estados firmantes de dicha Convención se obligan a adoptar aquellas medidas necesarias para materializar y hacer efectivos los derechos en ella reflejados.

España consagra en el artículo 39 de su Constitución la singular protección de los niños, cuyo desarrollo normativo encontramos primero en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del menor y, posteriormente en base a distintas modificaciones, en la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio y en la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia⁴⁹.

Volviendo al contenido de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, en su artículo 3 se dispone que *en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño*. El interés superior del menor está recogido en nuestro ordenamiento en el artículo 2 de la Ley Orgánica 8/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que establece su primacía frente a cualquier otro interés legítima con el que pueda concurrir. El interés superior del menor no es solo un principio jurídico interpretativo fundamental, sino que tiene una triple vertiente: como principio, como derecho sustantivo y como norma de

⁴⁸ LAZCOZ MORATINOS.G. *Construyendo un diálogo: Gestación por sustitución*. XXIII Congreso Nacional de Derecho Sanitario, 20-22 octubre 2016, Madrid, p.22

⁴⁹ LAZCOZ MORATINOS.G. *Construyendo un diálogo: Gestación por sustitución*. XXIII Congreso Nacional de Derecho Sanitario, 20-22 octubre 2016, Madrid p.16

procedimiento.

En relación con el tema de este trabajo, es importante destacar el papel que ha de jugar el interés del menor en la maternidad subrogada. Para analizar esta cuestión, desde la perspectiva jurídica nacional, es preciso acudir a la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014, para poder valorar en conjunto los argumentos de nuestro Alto Tribunal con los del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en lo referente a esta cuestión.

La sentencia anteriormente mencionada del TS, en su fundamento jurídico quinto, responde a la alegación de los recurrentes quienes consideran que privar a los menores de su filiación vulnera el principio del interés superior del menor ya que: en primer lugar, perjudica su posición jurídica, dejándoles desprotegidos; en segundo lugar, los padres de intención son los más adecuados para establecerse como padres del menor, pues la madre gestante únicamente cumplió con un servicio pactado en contrato; y en último lugar, debe respetarse el derecho del menor a tener una identidad única.

Ante este argumento, ha sido criticada por algunos magistrados –como ROCA TRÍAS, magistrada del Tribunal Constitucional, citada por LAZCOZ MORATINOS- la postura que adoptó el Tribunal Supremo, aludiendo al carácter del principio del interés superior del menor como concepto jurídico indeterminado, dotado de un carácter esencialmente controvertido y, textualmente, alegando que *“la invocación indiscriminada del interés del menor serviría de este modo para hacer tabla rasa de cualquier vulneración de los demás bienes jurídicos tomados en consideración por el ordenamiento jurídico”*, sobre todo teniendo en cuenta que en otras de sus sentencias el interés del menor sí ha sido considerado criterio preferente a cualquier otro (ejemplo, la STS 20 de noviembre de 2013, fundamento jurídico tercero). Expertos en la materia –como CALVO CARAVACA Y CARRASCOSA GONZALEZ-, recuerdan que la jurisprudencia del propio Tribunal –sobre todo la más reciente- establece que dicho principio se aplica con preferencia cuando estamos ante una decisión que afectará a un menor, por razones de jerarquía tanto normativa como valorativa⁵⁰.

Es preciso recordar que el interés superior del menor es parte del orden público internacional español, ya que España –como se mencionó más arriba- es parte de la Convención sobre Derechos del Niño de 1989, por lo que dicho principio está perfectamente integrado en nuestro ordenamiento jurídico. No puede ser obviada esta realidad cuando se aplica la cláusula de orden público, debiendo ser ésta interpretada siempre de forma restrictiva y respetuosa con el interés superior del menor.

En esta línea se posicionaba en Tribunal Europeo de Derechos Humanos (caso Paradiso y Campanelli contra Italia, STEDH de 27 de enero de 2015) cuando, a pesar de reconocer la libertad de los Estados para regular o prohibir la maternidad subrogada, afirmaba que *no es posible utilizar la cláusula de orden público internacional como*

⁵⁰ LAZCOZ MORATINOS.G. *Construyendo un diálogo: Gestación por sustitución*. XXIII Congreso Nacional de Derecho Sanitario, 20-22 octubre 2016, Madrid 2016 p.18

cheque en blanco, aplicándola de forma abstracta y superponiéndola a derechos reconocidos por el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

El Tribunal Supremo en la sentencia que estamos comentando, sí acierta al afirmar que existe una necesidad de ponderar el interés del menor respecto de otros bienes jurídicos en juego, pero hierra en el método a analizar la situación del menor en abstracto, en vez de atenerse al caso concreto que se juzgaba, lo cual condujo a una solución errónea y perjudicial para el menor. Como bien afirma DURÁN AYAGO, el interés del menor lo que implica es determinar en cada caso concreto el criterio que mejor encaja con el interés superior del niño⁵¹.

En este caso el Tribunal denegó el reconocimiento de la filiación a los padres de intención, instándoles a obtenerlo por otras vías. Esta decisión del Tribunal se contrapone con la jurisprudencia del TEDH en los casos MENESSION/LABASSEE contra FRANCIA.

5.2 MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL: LA PRESTACIÓN POR MATERNIDAD Y LA BAJA POR MATERNIDAD

Cuando una persona tiene un hijo en virtud de un contrato de maternidad subrogada se plantea otra cuestión controvertida ¿tiene la madre, o el padre, no gestante tanto el derecho al descanso como a percibir la prestación por maternidad?

En primer lugar, comencemos por definir el objeto de la cuestión. La **prestación por maternidad** es un subsidio que los trabajadores tienen reconocido en supuestos de maternidad, adopción, acogimiento familiar y tutela, durante los periodos de descanso legalmente establecidos, y siempre y cuando estén acreditados los requisitos exigidos en cada caso por la ley. Con esta prestación económica se pretende cubrir la pérdida de ingresos que experimentan los trabajadores al quedar el contrato laboral suspendido o al interrumpirse la actividad laboral durante los periodos en los que se está disfrutando del descanso por maternidad, adopción, acogimiento o tutela. La Ley General de la Seguridad Social regula en el artículo 177 las situaciones protegidas por dicha prestación, así como quiénes son los beneficiarios de la misma (artículo 178)⁵².

⁵¹ DURÁN AYAGO, A. *El acceso al Registro Civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la ley 20/2011: relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución*. Anuario español de Derecho Internacional Privado, ISSN 1578-3138, nº 12, 2012. Pág. 275

⁵² España. Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, Boletín Oficial del Estado. Artículo 177 LGSS Situaciones protegidas. A efectos de la prestación por maternidad prevista en esta sección, se consideran situaciones protegidas la maternidad, la adopción, la guarda con fines de adopción y el acogimiento familiar, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las comunidades autónomas que lo regulen, siempre que, en este último caso, su duración no sea inferior a un año, durante los periodos de descanso que por tales situaciones se disfruten, de acuerdo con lo previsto en los apartados 4, 5 y 6 del artículo 48 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, y en el artículo 49. a) y b) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.

El período de descanso por maternidad, junto con su correlativa prestación -abonada por la Seguridad Social- implica una doble finalidad: de un lado, el obligatorio descanso posterior al parto para la madre (dirigido a su recuperación, seguridad y salud); y de otro, proteger la especial relación entre madre e hijo durante el tiempo posterior al nacimiento. Ahora bien, en el caso especial de adopción o acogimiento, si bien no hay que proteger la salud de la madre por no haberse producido parto, no se debe obviar la segunda finalidad.

El Instituto Nacional de la Seguridad Social (en adelante, INSS) venía denegando el abono de tales prestaciones a los padres cuyos hijos habían nacido en virtud de un contrato de maternidad subrogada, alegando la nulidad dicho contrato en España. Esta cuestión ha sido llevada en numerosas ocasiones ante los tribunales españoles y son diversas las sentencias que a tal efecto se han pronunciado, tales como la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de la Sala de lo Social, de 18 de octubre de 2012 (SP/SENT/717190), entre otras. Sin embargo, no fue hasta el pasado noviembre de 2016 cuando por primera vez el Tribunal Supremo se pronunció sobre el tema.

El pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en su sentencia número 953/2016, de 16 de noviembre, reconoció por primera vez la gestación por sustitución como situación protegida por la prestación por maternidad, oponiéndose así la decisión del INSS y revocando la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 142/2014, de 7 de julio de 2014 por la que se denegaba la prestación de maternidad a una madre que no estuvo embarazada. El caso que resuelto por el Tribunal Supremo

Artículo 178 LGSS Beneficiarios 1. Serán beneficiarios del subsidio por maternidad las personas incluidas en este Régimen General, cualquiera que sea su sexo, que disfruten de los descansos referidos en el artículo anterior, siempre que, además de reunir la condición general exigida en el artículo 165.1 y las demás que reglamentariamente se establezcan, acrediten los siguientes períodos mínimos de cotización: **a)** Si el trabajador tiene menos de veintiún años de edad en la fecha del parto o en la fecha de la decisión administrativa de acogimiento o de guarda con fines de adopción o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción, no se exigirá período mínimo de cotización. **b)** Si el trabajador tiene cumplidos veintiún años de edad y es menor de veintiséis en la fecha del parto o en la fecha de la decisión administrativa de acogimiento o de guarda con fines de adopción o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción, el período mínimo de cotización exigido será de noventa días cotizados dentro de los siete años inmediatamente anteriores al momento de inicio del descanso. Se considerará cumplido el mencionado requisito si, alternativamente, el trabajador acredita ciento ochenta días cotizados a lo largo de su vida laboral, con anterioridad a esta última fecha. **c)** Si el trabajador tiene cumplidos veintiséis años de edad en la fecha del parto o en la fecha de la decisión administrativa de acogimiento o de guarda con fines de adopción o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción, el período mínimo de cotización exigido será de ciento ochenta días dentro de los siete años inmediatamente anteriores al momento de inicio del descanso. Se considerará cumplido el mencionado requisito si, alternativamente, el trabajador acredita trescientos sesenta días cotizados a lo largo de su vida laboral, con anterioridad a esta última fecha. **2.** En el supuesto de parto, y con aplicación exclusiva a la madre biológica, la edad señalada en el apartado anterior será la que tenga cumplida la interesada en el momento de inicio del descanso, tomándose como referente el momento del parto a efectos de verificar la acreditación del período mínimo de cotización que, en su caso, corresponda. **3.** En los supuestos de adopción internacional previstos en el segundo párrafo del artículo 48.5 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, y en el párrafo séptimo del artículo 49.b) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, la edad señalada en el apartado 1 será la que tengan cumplida los interesados en el momento de inicio del descanso, tomándose como referente el momento de la resolución a efectos de verificar la acreditación del período mínimo de cotización que, en su caso, corresponda.

aborda la situación de una trabajadora cuyo hijo, nacido mediante un contrato de vientre de alquiler, constaba inscrito en el Registro del Consulado de España en Los Ángeles, figurando la actora como madre y su padre como varón⁵³.

La novedosa sentencia del TS, que ha dado la razón a los solicitantes de la prestación, alude a la interpretación integradora de las normas aplicables, teniendo en cuenta la jurisprudencia del TEDH y distintos preceptos constitucionales, legales y reglamentarios de nuestro ordenamiento. No aprecia este tribunal conducta fraudulenta al solicitar la prestación, pues el objeto principal de dicho ingreso social es la atención al menor. Asimismo, estima que en este caso no se está creando una prestación de Seguridad Social, si no interpretando las exigencias que prevé nuestro ordenamiento. El Tribunal estima que las cuestiones sobre inscripción registral y las relativas a la nulidad o no del contrato de gestación quedan al margen del problema que se plantea en su Sala.

Los argumentos en que se fundamenta el fallo emitido son diversos, por citar alguno de ellos, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo estima que la nulidad del contrato no puede suponer la privación de determinados derechos al menor, pues debe distinguirse entre dos planos diferenciados: de un lado, el contrato y su nulidad; de otro lado, la situación del menor (la cual no puede verse perjudicada por la nulidad de un contrato). Además, no es la primera vez que nuestro ordenamiento reconoce efectos a supuestos que se derivan de un negocio jurídico afectado de nulidad. La sentencia también recuerda que el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales proclama que es el interés del menor el que ha de guiar cualquier decisión que afecte a estos.

También apunta la sentencia que el no reconocimiento de la prestación deriva en una discriminación al menor por razón de su filiación, conculcando los artículos 14 y 39.2 CE. El mandado constitucional que contiene el artículo 39 CE proclama la protección a la familia y a la infancia, y son los artículos 48.4 ET, 133 bis (actual 177) y 133 ter (actual 178) LGSS los encargados de su desarrollo normativo. La finalidad protectora del menor y de la familia que contienen estos artículos debe prevalecer y servir de orientación a la hora de solucionar cualquier duda interpretativa, y afirma el Tribunal que la prestación por maternidad y el descanso por la misma causa suponen un cumplimiento del artículo 39 CE.

Las prestaciones económicas de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y durante la lactancia se regulan en el artículo 2 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo y, jurídicamente, *se consideran equiparables a la adopción y al acogimiento las instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras, cuya finalidad y efectos jurídicos sean los previstos para la adopción y el acogimiento pre-adoptivo, permanente o simple, cuya duración no sea*

⁵³ El TS reconoce por primera vez a la gestación por sustitución como situación protegida por la prestación por maternidad, NOTICIAS JURÍDICAS, 2016. Disponible en: <http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/11386-el-ts-reconoce-por-primera-vez-a-la-gestacion-por-sustitucion-como-situacion-prottegida-por-la-prestacion-por-maternidad/>

inferior a un año, cualquiera que sea su denominación.

En el caso de la maternidad subrogada, la situación del menor se deriva de una resolución judicial extranjera por lo que puede ser considerada similar a la prevista para el caso de adopción y acogimiento. En este caso concreto, el menor figuraba escrito en el Consulado de España en los Ángeles

Tampoco considera el Tribunal Supremo que su pronunciamiento se oponga a lo resuelto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en las sentencias de 18 de marzo de 2014 C-167/12, y C-363/12, en las que establece que los Estados miembros no están obligados a conceder un permiso de maternidad a una trabajadora cuyo hijo ha nacido mediante gestación por sustitución. El TJUE estima, interpretando los artículos 4 y 14 de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio, que el hecho de no conceder el permiso retribuido por maternidad a una trabajadora cuyo hijo ha nacido por medio de estas prácticas no constituye una discriminación basada en el sexo.

Pueden citarse como precedentes a la decisión del Tribunal Supremo sentencias como la del TSJ del País Vasco de 13 de mayo de 2014, y del TSJ de Cataluña de 15 de septiembre de 2015, que ya reconocieron los derechos de los solicitantes a la prestación de maternidad.

5.3 EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA MUJER

A. Alcance de la dignidad y la libertad de decisión de la mujer

Los Derechos Humanos son aquellos inherentes a la persona sólo por el hecho de serlo, y encuentran su fundamento principal en la dignidad. La dignidad, como base de los derechos humanos, se proclama en diversos textos internacionales: la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, por ejemplo, establece en su preámbulo que los valores de la Declaración (libertad, justicia y paz en el mundo) *tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana*. Además, el primer artículo de dicha declaración proclama la dignidad de todos los seres humanos, quienes desde su nacimiento son libres e iguales en derechos.

En 1789 se reconocieron por primera vez los derechos del hombre en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Sin embargo, es evidente que el contenido de dicha declaración se refería de forma exclusiva al hombre, al ciudadano varón, puesto que en la sociedad del siglo XVIII las mujeres estaban excluidas de la vida civil y política, y sus derechos eran claramente inferiores a los del hombre. En 1948, con la segunda Declaración Universal de los Derechos Humanos, aunque ya comienza a

utilizarse el término Derechos Humanos, el sujeto sigue siendo el varón, manteniéndose la exclusión de las mujeres de su contenido.

A lo largo de la historia la mujer ha estado reducida a un rol de madre y esposa, de cuidadora y reproductora, lo que ha supuesto su cosificación e instrumentalización en la sociedad, subordinando a todo un género a una función sexual y reproductiva y negándole toda una serie de derechos sociales, civiles y políticos.

En España no fue hasta el inicio de la democracia, tras finalizar la dictadura franquista, cuando se dio inicio a una serie de reformas legislativas y sociales que supusieron un cambio en la concepción de la mujer en la sociedad española, y el primer paso hacia la **igualdad entre géneros**. Dentro de la cuestión de la igualdad de género, es innegable la importancia que juegan los derechos sexuales y reproductivos en la materia. El término “derechos sexuales y reproductivos” apareció en el siglo pasado y sirve para designar todo un conjunto de derechos humanos relativos a la salud reproductiva y, de forma más amplia, a la reproducción humana. Si bien no los encontramos recogidos expresamente como tal en ningún texto internacional, muchos de ellos están dispersos por varios instrumentos internacionales, por lo que son jurídicamente vinculantes⁵⁴.

Estos derechos nacen como resultado de la conquista de derechos civiles, políticos, culturales y económicos. Podemos enmarcar en esta categoría, según la jurista María Lourdes Vargas: *el derecho a la salud, el derecho a decidir el número de hijos y el espaciamiento de los nacimientos; el derecho a casarse y a construir una familia; derecho a la vida, a la libertad, integridad y a la seguridad; el derecho a no ser discriminada por cuestiones de género; el derecho a no ser agredida ni explotada sexualmente; el derecho a modificar las costumbres discriminatorias contra la mujer; el derecho a la privacidad; el derecho a la intimidad; el derecho a disfrutar del progreso científico y a dar el consentimiento para ser objeto de experimentación*⁵⁵. Tras siglos de lucha, la mujer alcanzaba su derecho a la autonomía reproductiva y el derecho a decidir libremente, por ello todo intento de limitar sus derechos debe encontrar una justificación razonada, motivada y proporcional a las circunstancias del caso concreto.

Con la maternidad subrogada nace un nuevo debate ¿vulnera la gestación subrogada la dignidad de la mujer? La respuesta parte del concepto de dignidad humano que consideremos. Nuestro Tribunal Constitucional, por ejemplo, es partícipe del concepto de dignidad que entiende que “*La persona, así como su cuerpo, no puede ser considerado como una cosa objeto de propiedad ajena y de intercambio económico*” (STC 212/1996, de 19 de diciembre)⁵⁶. El filósofo alemán KANT trabajó especialmente

⁵⁴ VARGAS ESCOBAR, M. *Derechos humanos: derechos sexuales y reproductivos*. Escuela Andaluza de Salud Pública Granada, 28 y 29 de octubre de 2003, p. 4

⁵⁵ VARGAS ESCOBAR, M. *Derechos humanos: derechos sexuales y reproductivos*. Escuela Andaluza de Salud Pública Granada, 28 y 29 de octubre de 2003, p. 4

⁵⁶ LAZCOZ MORATINOS.G. *Construyendo un diálogo: Gestación por sustitución*. XXIII Congreso Nacional de Derecho Sanitario 20-22 octubre 2016, Madrid, p.25

en la idea de la dignidad humana. Para él los seres humanos son merecedores de un trato especial, lo que les permite su desarrollo como personas. En este sentido, afirma el filósofo que *el hombre es un fin en sí mismo, no un medio para usos de otros individuos, lo que lo convertiría en una cosa*. La dignidad del hombre radica precisamente en que se eleva sobre el resto de cosas, por lo que venderse por cualquier precio sería contrario al deber de autoestima, y obrar contra la autoestima de otro supone negarle la dignidad como ser humano⁵⁷.

Señala TOMÁS Y VALIENTE que, en este debate en torno a la gestación subrogada, la supuesta vulneración de la dignidad, o bien es inherente al propio contrato *per se*, o bien se limita a aquellos casos en los que se produce una remuneración económica, en cuyo caso, tal práctica sí sería éticamente admisible cuando fuesen celebrados en su modalidad altruista⁵⁸.

El núcleo del debate para juzgar la ética de la práctica de la maternidad subrogada radica realmente en la capacidad de la mujer para decidir como sujeto autónomo, siendo necesario que el consentimiento para acceder a la prestación del servicio sea libre e informado⁵⁹. No se puede poner en tela de juicio la capacidad de una mujer para tomar una decisión sobre su propio cuerpo y su capacidad reproductiva, ni afirmar que dicha decisión vulnera su dignidad como mujer sin analizar detenidamente si su consentimiento es completamente libre.

Algunos juristas y profesionales defienden que la prohibición de la subrogación limita la libertad de las mujeres para disponer de su capacidad reproductiva y supone un ataque a su autonomía y a su capacidad de libre decisión. Las mujeres son sujetos autónomos que gozan de la capacidad para tomar decisiones fundamentales sobre sus propios cuerpos y sus vidas. Quien aboga por esta postura defiende la subrogación como una forma más de obtener una remuneración –cuando hablamos de la modalidad comercial-, y que la mejor postura que se puede tomar al respecto es ofrecer una regulación y protección a las partes que intervengan en dichos contratos. Por el contrario, otro sector alerta de que, en la mayoría de los casos, la libertad de la mujer a la hora de tomar esta decisión se ve condicionada por un contexto personal de pobreza, necesidad y presiones sociales y culturales, lo que tornaría su voluntariedad en cuestionable.

¿Es posible afirmar que una mujer que nunca ha experimentado un embarazo está bien informada sobre la decisión que va a tomar respecto a la renuncia del hijo? Algunos autores defienden que durante el embarazo y el parto la mujer experimenta una

⁵⁷ MONCHO I PASCUAL. J R. *Sobre la dignidad humana*. ÁGORA, PAPELES DE FILOSOFÍA (2003). P. 190 disponible en https://minerva.usc.es/xmlui/bitstream/handle/10347/1224/pg_191-204_agora212.pdf;jsessionid=2C2DB1D9C288FD57FCCEC67ED30686D6?sequence=1

⁵⁸ LAZCOZ MORATINOS.G. *Construyendo un diálogo: Gestación por sustitución*. XXIII Congreso Nacional de Derecho Sanitario 20-22 octubre 2016, Madrid, p.26

⁵⁹ FINKELSTEIN. A. *Surrogacy Law and Policy in the U.S.: A national conversation informed by global lawmaking*. Columba Law School Sexuality and Gender Law Clinic. 2016, p.24

serie de cambios hormonales, biológicos y psicológicos, que si no han sido experimentados antes dificultan asegurar que la gestante realmente esté informada sobre la experiencia que va a llevar a cabo, lo que puede derivar en que la madre –tras el parto- no quiera abandonar al bebé. Determinados ordenamientos, atendiendo a este problema, exigen como requisito para ser madre gestante que ya se haya sido madre con anterioridad⁶⁰.

Otra cuestión que se debate en torno al consentimiento libre e informado radica en la desigualdad de posiciones. Las madres gestantes son a menudo personas vulnerables a la manipulación, pues se encuentran en una posición débil frente a los padres de intención. Las estadísticas demuestran que los padres de intención son generalmente personas de un mayor rango social, con mejor salud, educación y mejor relacionadas con las instituciones. De igual forma, lo anterior es predicable de los intermediarios, es decir, de los abogados que redactan el contrato y de las agencias que ponen en contacto a los sujetos. Por el contrario, las gestantes suelen ser personas en situación de necesidad económica, quienes por miedo a ser despedidas y sustituidas por otra no exigen mejorar las condiciones y términos del contrato⁶¹. El perfil medio de la mujer que acepta ser gestante es el de mujer pobre, soltera, joven, perteneciente a una minoría étnica y cuya familia pasa por una situación de dificultad económica. El perfil de los padres gestantes es de una clase social y económica alta, mejor que la de la gestante. La clara diferencia social que existe entre las partes comitentes del contrato puede conllevar a una coacción sobre la madre gestante, quien no dispone de la fuerza en la relación contractual como para imponer sus condiciones, llegando incluso a firmar la mayoría de las veces el contrato en un idioma que no es el suyo –generalmente se redactan en inglés- y aceptando un contenido que no comprende.

Algunas de las soluciones que podrían contribuir a reducir el riesgo del desequilibrio de poderes entre las partes contratantes podrían ser un asesoramiento legal y médico independiente, o la provisión de información suficiente y asesoramiento a la madre gestante antes de proceder a la firma de contrato. Sin embargo, estas opciones no son viables en la práctica debido a la ya mencionada desigualdad económica y social de las partes comitentes, lo que dificulta el acceso de las gestantes a su propio asesor legal y médico.

La compensación económica también dificulta el poder afirmar que una mujer en situación de necesidad financiera presta su consentimiento de forma libre, pues el incentivo económico nubla su capacidad de analizar y comprender los riesgos y los términos del contrato que va a suscribir. En países en vías de desarrollo, donde el grueso de la población vive situaciones de necesidad, donde las mujeres apenas reciben la formación educativa básica y se ven obligadas a sacar a sus familias adelante, la opción de prestar su vientre a cambio de una significativa cantidad económica las lleva a aceptar unos términos con los que no están de acuerdo – o incluso no comprenden-

⁶⁰ FINKELSTEIN. A. *Surrogacy Law and Policy in the U.S.: A national conversation informed by global lawmaking*. Columba Law School Sexuality and Gender Law Clinic. 2016, p.25

⁶¹ FINKELSTEIN. A. *Surrogacy Law and Policy in the U.S.: A national conversation informed by global lawmaking*. Columba Law School Sexuality and Gender Law Clinic. 2016, p.26

únicamente por la presión social y el deseo personal de ayudar económicamente a sus familias.

En resumen, las mujeres como personas tienen atribuidos una serie de derechos humanos, que van desde la dignidad de la persona hasta su capacidad para decidir libremente sobre su vida y su propio cuerpo de forma autónoma. Al plantearse el debate de si el derecho de decidir vulnera el derecho a la dignidad debemos ser precavidos: hemos llevado a cabo un análisis sobre ciertos factores que influyen en la decisión (como la previa experiencia del embarazo, el desequilibrio entre las partes o el incentivo económico), así como sobre el contexto generalizado de las gestantes de pobreza, necesidad y falta de estudios –sobre todo en los países en vías de desarrollo, principales núcleos de esta industria-, pero también deben ser tenidas en cuenta las mujeres que en países desarrollados –como Canadá, Reino Unido o California- prestan estos servicios, en ocasiones incluso de forma altruista.

Si bien es cierto que existen dos grupos de mujeres diferenciados: la mujer sin formación, en situación de pobreza que acepta el contrato motivada por la compensación económica y por la presión social; y la mujer de clase media-baja, con niveles básicos e incluso altos de formación académica que presta su servicio como madre gestante, a veces de forma altruista, no podemos obviar que el segundo grupo es minoritario en comparación con el primero, por tanto, no es aceptable enmascarar el claro abuso que en países como India o Tailandia se está cometiendo hacia la mujer en situación de vulnerabilidad, simplemente porque firman el contrato de forma voluntaria, pues están prestando un consentimiento claramente viciado. Como bien apunta LEMA AÑÓN, citada por LAZCOZ MORATINOS en su trabajo “Construyendo un diálogo: Gestación por sustitución”: *la incapacidad de pedir mejores condiciones, el carecer de una verdadera posición negociadora ante la falta de alternativas sociales y económicas, equivale moralmente a la incapacidad de rechazar*”⁶².

B. Una nueva forma de explotación

De entre los problemas que se pueden derivar de la maternidad subrogada, la preocupación más latente para juristas y profesionales es la explotación de la mujer que se ha generado debido al tamaño que ha alcanzado la industria y al reclamo social de esta práctica.

Cuando se afirma que la gestación subrogada supone la explotación de la mujer no nos referimos a cada caso individual en el que se suscribe este contrato, si no a un determinado sector demográfico de mujeres que se encuentran en una situación de vulnerabilidad respecto a la explotación. Es preciso distinguir entre mujeres que prestan su consentimiento para ser madres gestantes en países en vías de desarrollo y mujeres que lo hacen en países desarrollados.

⁶² LAZCOZ MORATINOS.G. *Construyendo un diálogo: Gestación por sustitución*. XXIII Congreso Nacional de Derecho Sanitario 20-22 octubre 2016, Madrid, p.28

La mayor parte de estos contratos se lleva a cabo de forma habitual en países considerados en vías de desarrollo –dónde se localiza gran parte de la industria reproductiva-, como pueden ser Ucrania o India, debido a la escasa y flexible regulación legislativa, así como al alto número de mujeres dispuestas a ser gestantes. Las mujeres de estos países –cuyo perfil medio es el de mujer joven, pobre y de escaso nivel educativo- no siempre están informadas de la complejidad del proceso al que van a someterse y cómo este afectará a la autonomía de su cuerpo. El contrato contiene unas cláusulas predispuestas, con condiciones contrarias a la autodeterminación ambulatoria e integridad corporal –en muchos casos abusivas- que suelen firmar sin comprender su contenido.

En países desarrollados también preocupa el riesgo de que mujeres en situación desfavorecida – pobres y de bajo nivel educativo- se vean abocadas a actuar como gestantes. Sin embargo, en estos países (como puede ser Reino Unido, EE.UU o Canadá) no parece haber una tendencia clara en el perfil medio de la gestante, pues encontramos perfiles variados que van desde la mujer joven, pobre, de color y sin estudios hasta casos de gestantes caucásicas, de mediana edad con distintos niveles educativos⁶³.

Utiliza LAZCOZ MORATINOS, en su trabajo *Construyendo un diálogo: Gestación por sustitución*, un estudio llevado a cabo en el año 2010 por AMADOR JIMÉNEZ con el que evidencia esta realidad utilizando como ejemplo la ciudad de Hyderabad, en la India, una de las principales localidades en las que se ofertaban los servicios de maternidad subrogada (hasta la reciente prohibición en 2015 a los extranjeros). En Hyderabad un tercio de la población vive en pequeños tugurios, llamados *slums*, y el 73% de la población femenina es analfabeta⁶⁴.

La explotación de la mujer en países en vías de desarrollo en lo relativo a esta práctica es también fácilmente observable si atendemos a los datos económicos de los beneficios que perciben las mujeres gestantes (utilizando como ejemplo a las gestantes indias y a las estadounidenses) en comparación con la cantidad que abonan los padres de intención españoles a las agencias para llevar a cabo el contrato de maternidad subrogada. LAZCOZ MORATINOS recoge estos datos -recabados por FERNANDEZ GARRIDO- en su trabajo *Construyendo un diálogo. Gestación por Sustitución*, con los que observamos que, en India, los padres de intención españoles llegan a pagar entre 90.000 y 120.000 a las agencias, de los cuales las mujeres indias perciben por sus servicios entre 3.000 y 7.000 euros. Por el contrario, en California, los padres de intención que encargan el servicio pagan a las agencias entre 100.000 y 125.000 euros, de los cuales las mujeres estadounidenses perciben entre 20.000 y 30.000 euros. Traducido a

⁶³ FINKELSTEIN. A. *Surrogacy Law and Policy in the U.S.: A national conversation informed by global lawmaking*. Columba Law School Sexuality and Gender Law Clinic. 2016, p. 34

⁶⁴ LAZCOZ MORATINOS.G. *Construyendo un diálogo: Gestación por sustitución*. XXIII Congreso Nacional de Derecho Sanitario 20-22 octubre 2016, Madrid, p.27

porcentajes, del montante total la mujer india percibe entre un 2,5 y un 7,78%, mientras que la estadounidense percibirá entre un 16 y un 30%⁶⁵.

Pero los motivos para preocuparse por la explotación de la mujer no son únicamente económicos, sino también sociales. Teniendo en cuenta que la sociedad tradicionalmente ha sido patriarcal, a la mujer le ha sido atribuido un rol únicamente reproductivo y socialmente se les ha impuesto la creencia de que deben sobreponer los intereses de otros frente a los suyos propios. ¿Podemos considerar libre el consentimiento de una mujer prestado en una sociedad en la que dar a luz es considerada la principal función femenina y la única por la que son valoradas? Valorar a una mujer simplemente por su capacidad reproductiva la convierte en una mercancía, la cosifica. No puede ponerse precio a la actividad reproductiva. No sólo se trata de explotación por el matiz económico, sino que hablamos de explotación desde el momento en el que se menosprecia el riesgo y la importancia que tiene para la mujer el proceso del embarazo.

LEMA AÑAS nos recuerda que debemos distinguir entre explotación y mercantilización, pues siempre que hay explotación hay mercantilización, pero no siempre que existe mercantilización existe explotación⁶⁶: *La explotación reproductiva se produce cuando, no mediando violencia o coacción directa, la libertad contractual de las partes se limita a la formulación legal, ya que materialmente las partes están en una situación desigual, en la que existe una dominación por parte de una de las partes –padres de intención- respecto de la otra –madre gestante-, generalmente condicionada por un estado de necesidad. La mercantilización se refiere a conceptuar el cuerpo humano como “cosa” objeto de comercio, susceptible de intercambio económico y de ser propiedad ajena.*

6. LA SITUACIÓN ACTUAL DE LA MATERNIDAD SUBROGADA TRAS EL CASO PARADISO Y CAMPANELLI

La creciente popularidad de esta técnica de reproducción asistida ha derivado en una continua controversia, no sólo a nivel nacional, sino en todo el mundo. En el plano europeo se hace necesario comentar la reciente Sentencia de 24 de enero de 2017 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el polémico caso PARADISO Y CAMPANELLI contra Italia, en el que se cuestionaba la vulneración o no por parte del Estado italiano del artículo 8 del Convenio de Roma. La Gran Sala ha revocado su anterior sentencia de 27 de enero de 2015 sobre este mismo tema, en la que la Sección

⁶⁵ LAZCOZ MORATINOS.G. *Construyendo un diálogo: Gestación por sustitución*. XXIII Congreso Nacional de Derecho Sanitario 20-22 octubre 2016, Madrid, p.27.

⁶⁶ LAZCOZ MORATINOS.G. *Construyendo un diálogo: Gestación por sustitución*. XXIII Congreso Nacional de Derecho Sanitario 20-22 octubre 2016, Madrid, p.26

2ª del TEDH condenó al Estado italiano por considerar que sus actuaciones atentaban contra el artículo 8 del citado Convenio⁶⁷.

La Sentencia de la Gran Sala de la Corte Europea de Derechos Humanos de 24 de enero de 2017 da un vuelco al criterio doctrinal que el Tribunal venía manteniendo desde 2014, con los casos *MENESSON Y LABASSEÉ*. La importancia de esta controvertida sentencia radica en que, no solo devuelve a los Estados su legitimidad para establecer medidas que salvaguarden su legislación sobre la filiación, sino que además evidencia la ausencia –y necesidad- de un Convenio Internacional que se encargue de regular el problema de la gestación subrogada⁶⁸.

Podemos resumir el caso *PARADISO Y CAMPANELLI* brevemente: en el año 2011 una pareja italiana celebró un contrato de maternidad subrogada en Rusia, tras pagar la cantidad de 50.000 euros a una mujer para que fuese madre gestante. Los padres de intención presentaron ante el Consulado italiano en Rusia un certificado de nacimiento en el que el hijo constaba como suyo –previo el oportuno consentimiento de la madre gestante-. Sin embargo, una vez habían regresado a Italia con el menor, el Consulado Italiano denunció la falsedad del documento, iniciando así una acción judicial por la que se determinó que la Señora Paradiso no era la madre genética del menor, ni tampoco existía vínculo genético con el Señor Paradiso. Tras determinar que la madre biológica era una mujer a la que se le había pagado en Rusia por la entrega del hijo, las autoridades italianas procedieron a la retirada de la custodia del menor a los señores Paradiso, ordenando que se expidiese un nuevo certificado en el que constase el nacimiento del menor en Rusia, así como la identidad desconocida de los padres, para poder iniciar un proceso de adopción. Finalmente, el menor fue adoptado por otra pareja.

Entre los argumentos que expone la Gran Sala en su sentencia de enero de 2017, se incluye la legitimidad de la retirada de la custodia del menor alegando que permitir establecer la filiación con los comitentes supondría la violación de importantes normas del derecho italiano, además de hacer con dicha retirada efectiva la protección de los derechos y libertades de los hijos en lo que respecta a la filiación. La Sentencia también recuerda que la Convención de Roma no reconoce el derecho a ser padre y que los intereses públicos prevalecen sobre los deseos de los comitentes de tener un hijo. Entiende el Tribunal que las autoridades italianas han llevado a cabo una correcta ponderación de los intereses en juego, manteniéndose siempre dentro del margen del Estado italiano para regular dicha materia.

La novedosa Sentencia modifica el criterio anteriormente mantenido por el TEDH sobre la vulneración del artículo 8, lo que, atendiendo a la importancia de la jurisprudencia europea sobre nuestro Estado –pues no olvidemos que es parte de nuestro sistema de

⁶⁷ Unión Europea. Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Pleno). Sentencia 25358/12, de 24 de enero 2017. Disponible en: <http://www.quotidianosanita.it/allegati/allegato5432850.pdf>

⁶⁸ PÉREZ-OLLEROS, FJ. *Gestación por Sustitución*. 2017, p.16

fuentes-, supondrá en adelante un nuevo giro en las Sentencias dictadas por nuestros Tribunales ante cuestiones relativas a estos contratos. Además, la DGRN de 5 de octubre de 2010 –como ya se comentó anteriormente en este trabajo-, ve ahora como se tambalea su fundamento jurídico, pues recordemos su vigencia se mantenía gracias a la jurisprudencia del TEDH dictada en 2014 en los asuntos MENESSION Y LABASSEÉ.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid ha sido el primer Tribunal en el territorio español en aplicar la reciente doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia de 13 de marzo de 2017 (núm. 1247/2017). El TSJ de Madrid ha desestimado la pretensión de un matrimonio español que solicitó un salvoconducto para abandonar Rusia, con destino España, junto con un menor concebido en virtud de un contrato de maternidad subrogada, pues entiende la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Madrid que el Consultado General de España en Moscú obró de conformidad con la ley al rechazar la petición de salvo conducto para el menor, debido a que nuestra legislación prohíbe los contratos de gestación subrogada y, además, no consta que la gestante prestase su consentimiento con las debidas garantías judiciales ante un órgano judicial de la Federación rusa que pudiese determinar la filiación respecto a los referidos ciudadanos españoles⁶⁹. Este ha sido el primer caso en el que la justicia española ha aplicado ya la nueva doctrina del TEDH.

Dejando de un lado el plano jurídico y centrándonos en la vertiente política de la polémica, en nuestro país el debate sobre la maternidad subrogada es algo que no consigue poner de acuerdo a los políticos, ni siquiera dentro de sus propios partidos.

De los cuatro grupos parlamentarios con mayor representación en la Cámara, *Ciudadanos* es el único que mantiene una postura unánime al respecto, posicionándose a favor de la regulación de la subrogación. Plantea este partido una legislación similar a la de países como Canadá o Reino Unido, consistente en instaurar una modalidad altruista de subrogación, con la posibilidad de compensar económicamente de forma razonable a la gestante. El 10 de marzo del pasado año 2016 se publicó en el BOAM una Proposición No de Ley presentada por este mismo grupo parlamentario, con la que se trató de instar al Gobierno a llevar a cabo una regulación sobre la maternidad subrogada. La propuesta generó distintas opiniones, no sólo entre los partidos si no dentro de ellos. Finalmente, fue rechazada el día 17 de marzo, tras dos abstenciones y una ruptura de disciplina de voto de tres diputados del Partido Popular –que inicialmente había manifestado su apoyo a la PNL-, además de la oposición que sustentaron tanto el Partido Socialista como Podemos⁷⁰.

⁶⁹ España. Tribunal Supremo, Sentencia 1247/2017, de 13 de marzo de 2017, disponible en: http://www.poderjudicial.es/portal/site/cgpj/menuitem.65d2c4456b6ddb628e635fc1dc432ea0/?vgnextoid=38deddef68d3b510VgnVCM1000006f48ac0aRCRD&vgnextfmt=default&vgnextlocale=es_ES

⁷⁰ LAZCOZ MORATINOS, G. *Construyendo un diálogo: gestación por sustitución*. 2016, p.13. XXIII Congreso Nacional de Derecho Sanitario 20-22 octubre 2016, Madrid, p.26.

Otros partidos, como el Partido Popular, PSOE o Podemos han reconocido en numerosas ocasiones de forma pública que necesitan un debate interno para conformar una postura firme y definitiva sobre la cuestión de la gestación subrogada, aunque en una primera aproximación el Partido Socialista y Podemos se mantienen en un no.

De la situación política actual en nuestro país no podemos extraer grandes conclusiones, salvo que estamos ante un tema que genera gran desconcierto a los partidos políticos, incluso a nivel interno. El debate sobre la maternidad subrogada ha conseguido unir a grupos feministas y católicos, pues no se trata de una cuestión ni de izquierdas ni de derechas, ni de progresistas ni de conservadores. Enfrenta a los políticos dentro de sus propios partidos, pues los argumentos para posicionarse a favor o en contra de la celebración de contratos de maternidad subrogada supone llevar a cabo un minucioso análisis no solo de cuestiones políticas o jurídicas, si no también éticas, morales e incluso médicas y religiosas.

A pesar de la realidad del problema y de su complejidad, tanto instituciones como representantes políticos siguen a la espera de establecer una postura firme para afrontar el nuevo problema que tienen entre manos. Recientemente el Comité de Bioética de España (CBE) ha elaborado a iniciativa propia un informe sobre la maternidad subrogada solicitando a nivel internacional un marco común con el que regular esta técnica, dirigido a prohibir totalmente la celebración de estos contratos para garantizar la dignidad de la mujer y del niño⁷¹.

7. CONCLUSIONES

Como ya se ha señalado en distintas ocasiones a lo largo de este trabajo, España prohíbe la celebración de contratos de maternidad subrogada en el artículo 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, y además sanciona las conductas propias de este contrato en los artículos 220 y 221 del Código Penal. A pesar de ello, en la práctica existen mecanismos legales que, de forma incidental, permiten que se reconozcan sus efectos. La incongruente situación en la que nos encontramos es debida a una desbordante realidad social que ha demostrado que nuestra regulación es del todo insuficiente para afrontar los distintos efectos y problemas que se derivan de la subrogación.

La actual regulación que establece nuestro ordenamiento sobre este tema es muy limitada, y prueba de ello son los continuos problemas que se generan hoy día en nuestro país por este motivo, cuya solución no se contempla en ningún precepto legal.

⁷¹ FERRAN BOIZA, Madrid (19 de Mayo 2017). EL MUNDO. *El Comité de Bioética rechaza la maternidad subrogada porque lo que se hace es comprar a un menor*. Disponible en: <http://www.elmundo.es/sociedad/2017/05/19/591ed27122601d986d8b460e.html>

La escasa regulación ha supuesto la continua intervención de los Tribunales; instituciones públicas como el Registro Civil o la Seguridad Social se han visto sobrepasados por una situación que supera el marco legal establecido. En definitiva, se ha instaurado en España una auténtica situación de inseguridad jurídica en torno a la maternidad subrogada.

Es por tanto clara la necesidad de una reforma legislativa que acabe con la inseguridad que en este sentido gobierna en nuestro país, y que brinde el respaldo legal necesario a los posibles problemas que se deriven de la práctica de la subrogación, protegiendo a todos los sujetos intervinientes en el contrato, especialmente al menor.

Una vez aclarada la necesidad de reabrir el debate para modificar la situación en nuestro ordenamiento, se plantea la cuestión de qué postura adoptar sobre la gestación subrogada. La modificación legislativa puede encaminarse o bien a fortalecer la prohibición ya establecida en el artículo 10 LTRHA mediante distintos mecanismos – esta es la tendencia internacional actual, modificar la legislación hacia una forma más restrictiva-, o bien, por el contrario, flexibilizar la situación en España. Dentro de los distintos modelos legislativos que se pueden adoptar parece ser que la gestación subrogada en su modalidad altruista es la opción que mayor consenso ético ha alcanzado –a pesar de que sigan manteniéndose posturas contrarias a la legalización de esta práctica, como por ejemplo recientemente, la del Comité de Bioética de España que publicó un informe contrario a su regulación-. En esta línea encontramos las legislaciones de países como Reino Unido, Canadá, Dinamarca, Holanda y, recientemente, nuestro vecino Portugal.

La modalidad altruista permite eliminar el factor económico, el cual podríamos afirmar es el elemento que deslegitima esta práctica, pues implica la mercantilización de la vida. Eliminado el componente económico, puede ser ética y moralmente aceptable el que una mujer preste su vientre de forma solidaria, libre y desinteresada. Sin embargo, se plantean entonces otras cuestiones, principalmente relativas al riesgo de conculcar los derechos fundamentales de las partes implicadas en el contrato. Al ponderar los derechos fundamentales en juego – algunos ya mencionados en este trabajo como la dignidad de la mujer, su capacidad de decidir libremente sobre su salud reproductiva, los derechos del menor y el interés superior de este-, no ha sido tenido en cuenta que, si bien es cierto que no existe como tal en ningún texto legal el derecho a tener un hijo, distintos textos internacionales (como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 o el Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales de 1966) sí consagran el derecho a fundar una familia, pues este es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección por parte tanto de la sociedad como del Estado.

La creación de una familia contribuye al desarrollo personal del individuo y supone un elemento fundamental en la estructura social. Gracias a los avances de la ciencia, hoy en día es posible que un matrimonio, una pareja –con independencia de si es heterosexual u homosexual- con problemas de fertilidad, e incluso una persona en solitario tenga la

opción de poder crear su propia familia. Negar de forma taxativa el acceso a esta posibilidad a un determinado sector de la población supondría una grave discriminación hacia aquellas personas que por razones biológicas carecen de otra vía para acceder a la maternidad.

Ante este complejo debate, podemos afirmar que la solución no pasa por optar por una modalidad u otra, ni por prohibir o legalizar, sino que lo imprescindible en relación a garantizar la protección e igualdad de los derechos de las distintas partes implicadas, así como para asegurar la seguridad jurídica dentro del Estado, es legislar, ya que el derecho es el único instrumento capaz de conciliar los distintos intereses en juego.

Al margen de lo que ocurre en España, desde una perspectiva más amplia sorprende la ausencia de un marco legal internacional sobre la subrogación, a pesar de ser este un problema de calado mundial. Hasta el momento, el único organismo que ha manifestado la necesidad de establecer unas directrices comunes que permitan la armonización y uniformidad de las legislaciones de los países miembros ha sido la Conferencia de la Haya, un organismo multilateral sobre derecho internacional privado que mantiene desde el año 2015 a un grupo de expertos trabajando sobre la viabilidad de esta unificación.

Más allá de nuestras fronteras, la principal amenaza a los derechos fundamentales de las partes involucradas en este contrato es el turismo reproductivo, pero para contenerlo hasta conseguir acabar erradicándolo es precisa una postura conjunta y armonizada mantenida por todos los Estados, no sólo por el nuestro. Acabar con el turismo reproductivo mediante normas que lo desincentiven es una lucha que debe ser abordada a nivel internacional, no solo interno.

Podemos concluir afirmando que el problema no radica en la creación de nuevos modelos de familia, ni en las nuevas técnicas de reproducción asistida que permiten traer un hijo al mundo. El problema se encuentra en la ausencia de regulación, que desampara estas nuevas situaciones provocando que se sobrepasen nuestros marcos legales. La ausencia de regulación es la que conduce al abuso, a la inseguridad y a la vulneración de derechos. En un Estado social y democrático de Derecho la forma de proteger e igualar derechos es regulando, no prohibiendo, pues es el Derecho el que debe ser adaptado a los cambios evolutivos y las necesidades de la sociedad, y no al revés.

8. BIBLIOGRAFÍA

- BASTERRA G. F (1987). EL PAÍS. *El dilema de Baby M*. Recuperado de: [http://elpais.com/diario\(1987/01/19/sociedad/538009202_850215.html](http://elpais.com/diario(1987/01/19/sociedad/538009202_850215.html)
- BAYARRI MARTÍ, ML (2015). NOTICIAS JURÍDICAS. “*Maternidad por subrogación. Su reconocimiento en España*”. Recuperado de:

<http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/10338-maternidad-por-subrogacion-su-reconocimiento-en-espana/>

- BLANCO, SILVIA (19 febrero 2017), EL PAÍS. *Gestación subrogada, el dilema de gestar al hijo de otros*. Recuperado de: http://politica.elpais.com/politica/2017/02/17/actualidad/1487346402_358963.html
- Conferencia de la Haya (2012). *A preliminary report on the issues arising from International Surrogacy Arrangements*. Recuperado de: www.hcch.net/upload/wop/gap2012pd10en.pdf
- Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 de las Naciones Unidas. Recuperado de: <http://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>
- Cour de cassation, decisión July 3, 2015. Recuperado de: http://www.courdecassation.fr/documents_traduits_2850/english_2851/the_transcription_7252/press_release_32236.html
- DURÁN AYAGO, A. (2012) *El acceso al Registro Civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la ley 20/2011: relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución*. Anuario español de Derecho Internacional Privado, ISSN 1578-3138, nº 12, 2012.
- España. Tribunal Supremo (13 de marzo de 2017). Sentencia 1247/2017. Recuperado de: http://www.poderjudicial.es/portal/site/cgpi/menuitem.65d2c4456b6ddb628e635fc1dc432ea0/?vgnextoid=38deddef68d3b510VgnVCM1000006f48ac0aRCRD&vgnextfmt=default&vgnextlocale=es_ES
- FERRAN BOIZA, Madrid (19 Mayo 2017). EL MUNDO. *El Comité de Bioética rechaza la maternidad subrogada porque lo que se hace es comprar a un menor*. Disponible en: <http://www.elmundo.es/sociedad/2017/05/19/591ed27122601d986d8b460e.html>
- FINKELSTEIN, A. (2017). *Surrogacy Law and Policy in the U.S.: A national conversation informed by global lawmaking*. Columba Law School Sexuality and Gender Law Clinic.
- IMANE RACHIDI, La Haya (22 de mayo 2017). EL MUNDO. *Una madre obtiene la custodia de un bebé que tuvo para una pareja gay*. Recuperado de: <http://www.elmundo.es/sociedad/2017/05/22/5922f702e5fdeaa1298b45c2.html>
- KAJSA EKIS EKMAN. (2016) THE GUARDIAN *All surrogacy is exploitation-the world should follow Sweden's ban*. Recuperado de: <http://www.theguardian.com/commentisfree/2016/feb/25/surrogacy-sweden-ban>
- LAMM, E. (2012) *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada, ni alquiler de vientre*. Barcelona, Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona,

- LAZCOZ MORATINOS, G. (2016). *Construyendo un diálogo: gestación por sustitución* Madrid, XXIII Congreso Nacional de Derecho Sanitario.
- Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. Estadísticas sobre adopción, Recuperado de: <http://www.msssi.gob.es/ssi/familiasInfancia/Infancia/adopciones/estadisticas.htm>
- MONCHO I PASCUAL. J R. (2003). *Sobre la dignidad humana*. ÁGORA, PAPELES DE FILOSOFÍA. Disponible en https://minerva.usc.es/xmlui/bitstream/handle/10347/1224/pg_191-204_agora212.pdf;jsessionid=2C2DB1D9C288FD57FCCEC67ED30686D6?sequence=1
- NOTICIAS JURÍDICAS (2016). *El TS reconoce por primera vez a la gestación por sustitución como situación protegida por la prestación por maternidad*. Disponible en: <http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/11386-el-ts-reconoce-por-primera-vez-a-la-gestacion-por-sustitucion-como-situacion-prottegida-por-la-prestacion-por-maternidad/>
- PEREZ-OLLEROS, FJ. (2017) *Gestación por sustitución*.
- PÉREZ VAQUERO, C. (2010). Noticias jurídicas. *Diez claves para conocer los vientres de alquiler*, 2010. Recuperado de <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4601-diez-claves-para-conocer-los-vientres-de-alquiler/>
- Tribunal Supremo Alemán, decisión XII ZB 463/13. Diciembre 10, 2014. Disponible en <https://www.crin.org/en/library/legal-database/supreme-court-germany-decision-xii-zb-463/13-bundesgerichtshof-beschluss-xii>.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2015), Sección Segunda: Caso Paradiso y Campanelli contra Italia (25458/12)
- Unión Europea. Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2017) Pleno, Sentencia 25358/12, de 24 de enero 2017. Disponible en: <http://www.quotidianosanita.it/allegati/allegato5432850.pdf>
- VARGAS ESCOBAR, M. (2003) *Derechos humanos: derechos sexuales y reproductivos*. Granada: Escuela Andaluza de Salud Pública Granada.
- VILAR GONZALEZ, S. (2014) Situación actual de la gestación por sustitución. *Revista de derecho UNED*, num 14.

