

Gestación por sustitución, visión del panorama actual

LUIS JORGE CONDE MARTÍN

Universidad Nacional de Educación a Distancia

Resumen

La gestación por sustitución es un fenómeno que ha ido aumentando considerablemente desde los años 80, pero no todas las legislaciones de los diferentes países lo abordan de igual manera, atendiendo a sus propios principios y valores, o incluso sin regular sobre la materia. Aquí se aborda una visión global de la materia, partiendo de su definición, y la forma de contemplarla en diferentes países del Mundo.

Palabras clave: contratos de gestación por sustitución – gestación por sustitución – maternidad subrogada – derechos reproductivos

Abstract

Surrogacy is a phenomenon that has been considerably increasing since the 80's, but each national legislation tackles it in a different way, depending on its own principles and values. Some even avoid facing it. Here, there is an overview of the problem, its definition, and the ways different countries in the World struggle with it.

Key words: Contracts gestation of human life by surrogacy – Surrogacy – Surrogate motherhood – reproductive rights.

Abreviaturas

DGRN Dirección General de los Registros y el Notariado

TS Tribunal Supremo

CC Código Civil

TEDH Tribunal Europeo de Derechos Humanos

1. ¿Qué Es la Gestación por Sustitución?

La gestación por sustitución o maternidad subrogada, consiste en la situación en la que «una mujer gesta o lleva en su vientre a un niño para otra mujer, con la intención de entregárselo después de que nazca».²¹⁸ Esta es la definición que daba el Informe *Warnock* en 1985, pero mucho ha cambiado el panorama social desde entonces. Se podría decir de manera más aproximada que se trata de la práctica por la que una mujer se compromete, con o sin contraprestación económica, a gestar, con el fin de entregar al niño después del parto a la/s persona/s comitentes, renunciando ella a su filiación, pudiendo ser éstos los progenitores biológicos o no, personas individuales o parejas casadas o en unión estable, heterosexuales u homosexuales, variando su aceptación de manera más o menos restrictiva según las propias legislaciones de los diferentes países.

El interés en acudir a ella puede radicar en múltiples y muy diversos motivos, desde una incapacidad natural de concepción por ausencia o malformación del útero, la pérdida recurrente del feto, tratarse de un embarazo de alto riesgo para la salud de la madre, o ser parejas homosexuales masculinas, hasta por más frívolas razones como son repercusiones estéticas o profesionales del embarazo.

Existen diversos tipos de gestación por sustitución, según el objetivo de la propia madre que aporta el vientre, y el factor económico que medie, o según de donde provenga la dotación genética del bebé.

En función de quien sea el sujeto que aporte el material genético, se puede distinguir entre subrogación tradicional o parcial, donde la gestante aporta su propio óvulo, y es inseminada natural o artificialmente con el material genético de uno de los comitentes varón o un donante, siendo por tanto la madre biológica del niño; y subrogación gestacional o plena, cuando la madre gestante se limita a portar el embrión concebido mediante fecundación in vitro, bien a través de los gametos de los comitentes o bien de donantes. La gestante no aporta ningún material biológico, y por tanto no tienen ningún parentesco biológico con el niño.²¹⁹

De la misma manera, se puede diferenciar en función de si hay o no retribución, conociéndose como Subrogación altruista: la gestante actúa por diversos motivos, frecuentemente por solidaridad (siendo la hermana, o un familiar cercano de la comitente, al no poder esta tener un hijo), y no recibe retribución alguna, o solo el resarcimiento de los gastos médicos y otros costes razonables (perdidas de salarios, etc.). Hay países en los que expresamente se excluye esta opción, y sin embargo otros lo exigen como requisito previo.

218 Warnock M. A Question of Life. The Warnock Report on Human Fertilisation and Embryology. Oxford: Blackwell; 1985. p. 80-6.

219 ESHRE Task Force on Ethics and Law, 'Human Reproduction *Surrogacy*' (Vol.20, No 10, 2005) 2705.

Subrogación comercial: media en el proceso una contraprestación económica a favor de la gestante y por tanto hay un arrendamiento de servicios, contratando a la gestante en su labor.

2. Breve historia de la gestación por sustitución

A principios de la década de los 80 aparecen las primeras situaciones realmente desarrolladas sobre el fenómeno, al realizarse los primeros contratos de subrogación por *Noel Keane*, que desarrolló sus actividades a través de su centro de infertilidad (*Surrogate Family Service Inc.*), realizando actividades de intermediación en la consecución de la misma, y logrando en 1985 la primera subrogación por sustitución con éxito.²²⁰

Un controvertido caso de maternidad subrogada en 1985 puso el tema en debate en Estados Unidos. Se trata del conocido caso *Baby M*, en el que la mujer gestante, *Mary Beth Whitehead*, de 29 años, de *New Jersey*, firmó un contrato por el que se comprometía a tener un hijo para *William* y *Elizabeth Stern*. En el contrato se establecía que la Sra. *Whitehead* accedía a que «en el mejor interés del niño, no desarrollaría ni intentaría desarrollar una relación padre-hijo con ningún niño [...] que pudiera concebir [...] y dejaría libremente la custodia a *William Stern*, padre natural, inmediatamente después del nacimiento del niño, y renunciaría a todo derecho materno al mencionado niño según este acuerdo». La Sra. *Whitehead* recibiría 10.000 dólares de «compensación por los servicios y los gastos» del Centro de Infertilidad como parte de un total de aproximadamente 25.000 dólares que el Sr. *Stern* accedió a pagar al Centro. Del resto, 5.000 dólares se destinaban a los costes médicos, legales y de seguros de la Sra. *Whitehead* durante el embarazo, y de 7.500 a 10.000 irían a parar al Centro en concepto de minuta.

Después de nacida su hija, la Sra. *Whitehead* y su marido decidieron no entregarla al matrimonio contratante. La madre gestante había sido inseminada con semen del varón de la pareja y los tribunales, después de muchas apelaciones, otorgaron la custodia de la niña al padre biológico, permitiendo a la madre sustituta poder visitarla.²²¹

No obstante, la solución aplicable es fundamentalmente la derivada de la práctica judicial, en la que destaca el caso de *Baby M*, en que la gestante se arrepintió y retuvo a la niña una vez nacida. El TS de Nueva Jersey declaró la nulidad del contrato y la ilegalidad de la gestación subrogada en el estado, pero la entregó a favor de los comitentes por ser quienes podrían

²²⁰ Mariano Casado Blanco; María Ibáñez Bernaldez, 'Reflexiones Legales y Éticas en torno a la Maternidad Subrogada' en Revista Española de Medicina Legal, (Elsevier, 2014).

²²¹ Bernal Camargo 'Técnicas de reproducción humana asistida, maternidad subrogada y derecho de familia' Revista Republicana (2009).

darle un hogar en mejores condiciones. Posteriormente se reconoció a la gestante su maternidad biológica y un derecho de visitas.²²²

Es a partir de estos momentos cuando se va diseminando y ampliando el fenómeno a los diferentes países del mundo, a medida que van apareciendo los primeros casos, dando lugar a su mayor o menor regulación, hoy en día muy diversas, en función del Estado, y sus principios o valores.

3. ¿Cómo se encuentra regulada en los diferentes países?

Existe gran disparidad en el tratamiento normativo a lo largo de los diferentes estados. Se pueden distinguir cuatro grandes grupos: aquellos que excluyen toda posibilidad de gestación, los que prohíben la modalidad comercial, las que la permiten ampliamente, y aquellos que no la regulan.

3.1. Ilegalidad de todo tipo de gestación por sustitución

3.1.1. Francia

La situación en Francia es de ilegalidad, pero en la práctica se ha dado algún caso.²²³

El Art. 16-7 del *Code Civil* declara la nulidad de los acuerdos de gestación por sustitución, y el propio Código Penal francés establece en el artículo 221-12 párrafo III una pena de seis meses de prisión y una multa de 1500€ para los intermediarios: “*Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle.*”²²⁴

No obstante el Tribunal de Apelación de Rennes (S. 21-1-2012) ha permitido la inscripción en el Registro Civil de dos niños gemelos nacidos en 2010 de comitentes franceses y gestantes india, en base al artículo 47 del Cc: no se cuestiona la validez del acuerdo, subrayando su ilegalidad y nulidad, sino que se trata de un problema de atribución de validez a las actas de Registro civil según el derecho indio.

El TS (S 31-5-1991) entendió que la absoluta nulidad del contrato implica que no sirve como base para una adopción. No hay filiación automática, pero no cabe la posibilidad de adopción.

²²² Flavio Cumpiano Alfonso, “¿Bebés a la orden? Consideraciones éticojurídicas de la maternidad subrogada”, en Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico, Puerto Rico 56 (1) (enero-marzo de 1995), p. 79.

²²³ Francia, *Loi n°94-653 du 29 juillet 1994 - art. 3 JORF 30 juillet 1994.*

²²⁴ Guitrón Fuentecilla, J. ‘*La genética y el Derecho familiar*’. Rev. Tapia, Año VII, N 36, oct. 1987, pág. 73.

Cabe destacar por último las conocidas sentencias del TEDH *Menesson c Francia y Labassee c Francia*, donde se declara que el derecho francés viola el convenio europeo de Derechos Humanos.

3.1.2. Italia

En Italia se da la ilegalidad de toda gestación, tanto comercial como altruista e incluso se encuentra penado.²²⁵

En el momento en que se dio el primer caso de gestación por sustitución no había ninguna regulación, estableciendo el Tribunal civil de Roma la validez del contrato de sustitución de maternidad en determinados casos ante el vacío normativo, sobre la base de la motivación altruista (ya que era un caso de gestación por sustitución entre hermanas) y la congelación de embriones. Se consideró la validez de acuerdo acordando al atribución de la filiación. Ha de tenerse en cuenta que este hecho aconteció previa a la vigente ley que la prohíbe.

3.1.3. Alemania

Ilegalidad de toda gestación, penalizando solamente al personal médico.

3.1.4. Quebec

El art 541 del Código Civil de Quebec, establece la absoluta ilegalidad de todos los acuerdos de gestación por sustitución.

3.1.5. Suiza

La ilegalidad se contempla en la propia constitución y la ley federal sobre reproducción medicamente asistida, establece la prohibición y sanciona a los médicos intermedios que intervengan.

3.2. Países en los que se admite parcialmente

Estos países consideran que la gestación subrogada es legal solo en cuanto que no exista retribución, aunque se admite la compensación económica de gastos derivados. Frecuentemente no poseen una normativa específica. Destacan entre otros, Canadá (Excepto la ya revisada Quebec), Brasil, Reino Unido, Australia, Grecia y Colombia.

²²⁵ Italia, Ley n.40, de 19 de febrero de 2004 sobre normas en materia de procreación médicamente asistida.

3.2.1. Canadá (Excepto Quebec)

La Ley de Reproducción Humana asistida, en su artículo 6, admite solo la gestación subrogada altruista, de modo que las gestantes tendrán derecho al reembolso de los gastos previamente aprobados, pero cualquier pago en contrario es ilegal.

3.2.2. Brasil

No hay una normativa específica que lo regule directamente, pero sí se encuentran otras alternativas por la vía de la normativa interna del Colectivo Médico y por la vía de la jurisprudencia. En cualquier caso se entiende excluida la modalidad comercial en base al artículo 1994 de la Constitución, que prohíbe la comercialización de “sustancias humanas”.

Hay normas éticas para la utilización de las Técnicas de Reproducción asistida del Consejo Federal de Medicina, que permiten la “donación temporal de útero” con restricciones de no comercialidad, y parentesco entre las “donantes de segundo grado”, que reforzaría el altruismo, (si no, requiere autorización del Consejo Federal de Medicina). Por tanto, observándose estas restricciones hay una plena admisión.

3.3.3. Reino Unido

La Ley de acuerdos de subrogación prohibía este tipo de acuerdos, como respuesta al nacimiento en 1985 del primer bebe nacido en el país por gestación por sustitución comercial, que creó gran polémica.

Posteriormente se modificó la ley de fertilización y embriología humanas de 1990 y la posterior del 2008, que cambiaban esta regulación, contemplando la posibilidad de la gestación subrogada con aplicación altruista, bajo una serie de requisitos: posibilidad de intermediación de entidades sin ánimo de lucro, cuya única actividad sea la realización de acuerdos de gestación subrogada dentro del Reino Unido, que podrán recibir pagos razonables por los costes razonablemente derivados del acto.

Se contempla la extensión del concepto de comitente más allá de las uniones civiles y a convivientes con relación familiar duradera y sin grados de relación prohibidos, pero no para individuos aislados. La Filiación se atribuye por el parto, aun sin vinculo genético, pero se contempla la posibilidad de atribución de la filiación a los comitentes.

La misma ley previamente mencionada contempla que se exige un periodo de reflexión de 6 semanas de la gestante, no pudiendo pronunciarse sobre el hecho de la decisión sobre el niño, y si lo hace será totalmente nula, tras la cual los comitentes podrán solicitar ante los tribunales la transferencia de la filiación por medio de una *parental order*, siempre que los solicitantes:

- Tengan más 18 años, y al menos uno sea el padre biológico.

- Constituyan matrimonio, unión civil o convivencia estable.
- Hagan la solicitud en los seis meses siguientes al nacimiento.
- Uno o ambos deben residir en Reino Unido, Islas del Canal o la Isla de Man.
- La gestante y cualquier otro posible progenitor deben de consentir el acto (por ejemplo el marido de la gestante si está casada, o si intermedian donantes.).
- Que no haya habido intervención de dinero, más allá de los gastos considerados razonables.
- Es irrelevante el que las técnicas de reproducción asistida se hayan aplicado en territorio británico o fuera.

3.2.4. Grecia

Es en el año 2002 cuando se promulga la Ley de Reproducción Humana Médicamente asistida 3089/2002. El art. 1458 del Código Civil, establece la posibilidad de recurrir a la misma con autorización judicial previa, siempre que medie un acuerdo escrito y sin beneficios económicos (se admite la compensación de gastos, incluyendo la pérdida de salario).

Por su parte el Art 1464 establece que la filiación se atribuye a la mujer comitente, no obstante, se permite la impugnación de la maternidad tanto por la comitente como la gestante, en caso de ser hijo biológico suyo, en los 6 meses siguientes al nacimiento. (Con los serios problemas que puede conllevar si se diera el caso de que durante el transcurso del proceso se lleve a cabo una separación matrimonial y uno de los progenitores no quiera al niño, impugnando la maternidad y rechazándola. De la misma manera con la madre biológica.) Pueden acceder tanto parejas matrimoniales, como uniones de hecho con escritura notarial o mujeres solas, excluyéndose a las uniones homosexuales u hombres solos.

El art 13 de la ley 3305/2005 sobre ejecución de la Reproducción Medica Asistida regula con más detalle el procedimiento a seguir y el art 26.8 recoge las penas para quienes no lo sigan.

Hasta 2014, solo podrían acudir las ciudadanas griegas o residentes permanentes, pero ahora ha pasado a ser el único país de la UE con un sistema completo de regulación y práctica de la gestación subrogada estableciendo el Art 17 de la Ley 4272/2014 la posibilidad a las solicitantes y madres subrogadas con residencia permanente fuera de Grecia la gestación subrogada.

3.3. Países con plena admisibilidad

En estos Estados, consideran que la gestación por sustitución es legal, tanto en su forma altruista como la comercial. Destacan entre otros, Ucrania, Georgia, Rusia, India, Israel y algunos estados del EEUU.

3.3.1. Ucrania

Ucrania aparece como uno de los países más importantes en cuanto a gestación por sustitución en el continente europeo, de ahí la importancia de conocer la situación legal del fenómeno. El art 123.2 del Código de Familia de 2002 reconoce su plena validez en caso de que el embrión generado por los cónyuges sea transferido a otra mujer mediante técnicas de reproducción asistida. Los cónyuges serán los padres del niño desde el momento de la concepción y en el Registro Civil no figurarán los datos de la gestante, y no cabe en absoluto la posibilidad de arrepentimiento de la gestante. Se establece la innecesidad de previa aprobación administrativa para la gestación subrogada, requiriéndose solamente previo consentimiento informado de todas las partes, que debe constar por escrito. Solo se admite de comitentes que sean matrimonio y de comitentes individuales.

3.3.2. Rusia

Se trata de uno de los países con mayor flexibilidad en cuanto al respecto, la amplia admisibilidad lo ha convertido en uno de los principales destinos internacionales para la aplicación de la gestación por sustitución, sumándose que para aplicar las técnicas de reproducción asistida es irrelevante la nacionalidad, gozando los extranjeros de los mismos derechos que los rusos, siendo prácticamente el único requisito la mayoría de edad. No se requiere siquiera un vínculo genético con los comitentes.

Se admite solo a comitentes unidos en vínculo matrimonial, aunque algunas sentencias lo han extendido analógicamente a personas solas o parejas de hecho heterosexuales, aplicando el art 5 del código de familia, obligando a los Registros Civiles a inscribir la paternidad.

La madre de subrogación deberá participar voluntariamente, tener una edad comprendida entre 20-35 años y un hijo propio, sano y buena salud psíquica y somática. En materia de filiación se aplica el código de familia y la ley de actas del estado civil: se requiere consentimiento escrito de los cónyuges comitentes y de la mujer gestante (no son necesarios procedimiento judicial ni una adopción). El nombre de la madre gestante no aparece en el acta, y una vez practicada la inscripción del nacimiento no podrán impugnar la maternidad ni paternidad.

3.3.3. India

Admite con gran flexibilidad y amplitud, lo que, unido a los bajos costes, implica que sea uno de los destinos más frecuentes para el recurso internacional. No obstante, desde 2013 se ha excluido como comitentes a parejas no casadas, parejas homosexuales y personas individuales.

Pese a la flexibilidad, no hay legislación específica sobre la materia, existiendo solo una Guía ética del Consejo indio de Investigación biomédica del 2006 y una Guía de Reglamentación de Reproducción asistida del ministerio de sanidad del 2010. La gestante no puede tener

relación biológica, deberá ser menor de 35 años y haber tenido al menos un hijo, no ser madre de sustitución más de tres veces y contar con el consentimiento de su esposo o tutor, habiendo aportación genética de al menos uno de los comitentes.

Para evitar limbos legales, sobre todo en el caso internacional, la oficina de inmigración exige en el caso de comitentes extranjeros, una carta de la embajada del país de origen que declare el reconocimiento de la subrogación y que se permitirá la entrada al país al recién nacido.

3.3.4. Israel

Se trata del único sistema subrogado por sustitución controlado estatalmente. Desde 1996 se admite, pero muy restrictivamente, y cada contrato debe ser aprobado por una Comisión estatal. La ley de acuerdos sobre la gestación de fetos del año 1996 contempla como requisitos en su art 2

- acuerdo entre los comitentes y la madre subrogada que ha de ser aprobada por la comisión de aprobaciones.
- mayores de 18 años y residentes en Israel.
- la gestante y la comitente deben ser de la misma religión, pero si todas las partes del contrato son no judíos cabe dispensa de la Comisión, previo informe de su miembro religioso. Si es favorable se puede dispensar (mientras no sean judías).
- la gestante debe no estar casada (salvo que la Comisión permita el recurso a una casada si los comitentes no consiguen un contrato con una soltera, tras un tiempo razonable y sin ser pariente de los comitentes).
- el material genético masculino debe ser del comitente y el óvulo no debe pertenecer a la gestante.

3.3.5. EEUU

La situación varía de unos estados a otros. Se prohíbe en Arizona, Michigan, Utah, Nueva York, Washington y otros, mientras se admite en Arkansas (restrictivamente), California, Florida, Nuevo Hampshire o Nueva Jersey.

Los estados que la admiten la aceptan en todas sus modalidades, tanto comerciales como altruistas, aunque algunos solo permiten a matrimonios heterosexuales, siendo el Estado con la legislación más flexible y trámites más sencillos California.

3.4. ¿Cómo se encuentra regulada en España?

En España, el artículo 10 de la Ley Sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida prohíbe expresamente los contratos de gestación por sustitución, declarando su nulidad. Incluso aparece tipificada como delito en el art. 221 del Código Penal con penas de prisión de uno a cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria

potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a diez años. Además, en el número 2 del mismo precepto, se castiga a la persona que lo reciba y el intermediario, aunque la entrega del menor se hubiese efectuado en país extranjero.

Sin embargo ha de tenerse en cuenta que, como se ha visto previamente, no en todos los lugares del mundo es así. El problema que suscita este asunto es cuando una vez nacidos los niños por esta técnica en países que lo permiten legalmente y regresan sus progenitores a España, quedan en una incertidumbre legal si no son tenidos en cuenta por el legislador. Cabe destacar el caso valenciano, en relación con la paternidad atribuida en California a un matrimonio homosexual español. A través de un contrato de alquiler de útero llegaron a un acuerdo con una mujer californiana, siendo inseminada con el material genético de uno de los integrantes de la pareja y el óvulos de otra donante²²⁶.

Al ir a realizar la inscripción de los recién nacidos en el Consulado de España en los Ángeles, se le denegó la misma inscripción argumentando su negativa por la “categórica prohibición” de la maternidad subrogada en la legislación española. A juicio del Consulado, procedía la inscripción solo a favor de uno de los hombres y, en todo caso, tramitar una adopción por el cónyuge. El Ministerio de Justicia revocó esta decisión estimando un recurso promovido por el matrimonio.

La DGRN puso de relieve que nada impedía en la legislación registral realizar la inscripción de conformidad con el artículo 81 del Reglamento del Registro Civil, siendo un documento público adoptados por una autoridad competente que desempeña funciones equivalentes a las de las autoridades registrales españolas, permitiendo dicho registro.²²⁷

Tras un periplo por diferentes instancias, el TS desestimó el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de la Audiencia provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011, que a su vez desestimaba el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de Instrucción nº15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010. Teniendo así su origen en la impugnación por parte del Ministerio Fiscal de la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009, en la que se acordó, en contra de la decisión del Encargado del Registro Consular, la inscripción del nacimiento de los menores mediante la aportación de las certificaciones de las inscripciones ya practicadas por la autoridad registral californiana, y donde constaban

²²⁶ Calvo Caravaca A.L., y Carrascosa González J., “*Gestación por Sustitución y Derecho Internacional Privado: Consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de Febrero de 2009*”. Cuadernos de Derecho Transnacional (Octubre 2009), Vol. 1,no 2, pp. 294-319

²²⁷ Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. BOE, núm, 243 de 7 de octubre de 2010, pp. 84803-05.

como padres de los menores los recurrentes. Dicha sentencia cuenta con un voto particular firmado por cuatro magistrados, reflejando la diversidad de opinión en cuanto al tema.

Cabe destacar que el TS ha dado a conocer recientemente dos sentencias por las que reconoce ha reconocido a la gestación por sustitución como situación protegida al fin de la prestación por maternidad, adopción o acogimiento²²⁸

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) puso fin a un conflicto sociojurídico sensible y pendiente como lo es la gestación por sustitución, resolviendo en fecha 26 de junio de 2014 dos casos similares: «Mennesson» y «Labassee» ante el mismo país, Francia.

El Tribunal de Derechos Humanos declaró, en base a su pronunciamiento en dos casos contra el estado Francés, que *“no se puede poner a los niños nacidos por dicho proceso en una situación de incertidumbre jurídica que socave su identidad dentro de la sociedad, y tampoco que resulten perjudicados sus derechos en materia de ayudas familiares, educación o cuestiones sucesorias.”* Así estos han de ser inscritos en el registro nacional correspondiente, y se ha de proceder mediante el certificado emitido por la autoridad extranjera competente a solicitar la inscripción en el Registro Civil español.

A raíz de la mencionada publicación de la DGRN, se contempla pues la inscripción en el Registro Civil de niños frutos de esta técnica siempre que el procedimiento se haya llevado a cabo en un país en el que dicha técnica esté regulada, que uno de los padres sea español y que exista una resolución judicial que garantice, entre otros aspectos, los derechos de la mujer gestante. El control de la legalidad por parte del encargado del registro civil español debe limitarse a comprobar que el documento en cuestión reúna los requisitos necesarios para acceder al mismo:

- Que se trate de un documento público, debidamente traducido y acompañado de la correspondiente legalización o apostilla.
- Que haya sido dictado por la autoridad extranjera con competencias equivalentes a las de los encargados del Registro Civil Español.
- Que vaya precedido de una resolución judicial, dictada por el Tribunal extranjero competente que haya controlado el cumplimiento de los requisitos del contrato con arreglo a la ley del país donde se haya celebrado, así como la protección de los intereses del menor y de la mujer gestante.
- Que no sea contrario al orden público español.

Para cerrar la visión de su regulación por los diferentes países del mundo, y en especial España, cabe mencionar, debido a nuestra integración en la Unión Europea, el Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo de 2014, y la política de la Unión

²²⁸ España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 4ª). Sentencia núm 953/2016 de 16 de noviembre.

Europea al respecto - A8-0344/2015, que en su punto 114 condena la práctica de la gestación por sustitución, que es contraria a la dignidad humana de la mujer, ya que su cuerpo y sus funciones reproductivas se utilizan como una materia prima; estima que debe prohibirse esta práctica, que implica la explotación de las funciones reproductivas y la utilización del cuerpo con fines financieros o de otro tipo, en particular en el caso de las mujeres vulnerables en los países en desarrollo, y pide que se examine con carácter de urgencia en el marco de los instrumentos de derechos humanos.

4. Conclusiones

Como conclusión cabría tener en cuenta el debate planteado en numerosos asuntos sobre el fenómeno de la gestación por sustitución. Se habría de definir quién tendría acceso a la misma, si toda persona al margen de su estado civil u orientación sexual, por diversos motivos o solo ante la imposibilidad radical de tener descendencia. Si debe ser cubierta dentro de las prestaciones del Servicio Público de Salud, y si, de hacerlo, se admitiría la modalidad meramente compensatoria o propiamente comercial. Sería necesario verificar la voluntariedad de la madre gestante, pudiendo exigirse una serie de requisitos previos como una edad mínima, la residencia en España, o el que ya tenga hijos propios.

Las modernas regulaciones de las relaciones familiares no establecen como fuente exclusiva de la filiación el hecho biológico, y por tanto la determinación de una filiación por criterios distintos a los puramente biológicos no constituye en sí una contravención del orden público internacional español. La propia Constitución española prohíbe la discriminación por razón de nacimiento y prevé que los poderes públicos deben asegurar la protección de los hijos y la igualdad de los mismos con independencia de su filiación.²²⁹

Esta regulación tendría como vital pretensión el favorecer la maternidad o paternidad afrontando problemas de infertilidad o respecto de aquellas personas solas o parejas homosexuales que no puedan o tengan grandes dificultades, intolerables a día de hoy, para acceder a una adopción.

Sin esta consideración expresa no se encuentran salvaguardados los derechos del niño ni los de la mujer gestante ni hay un cuadro legal del contrato de gestación. De la misma manera, una falta de regulación puede llevar a un sometimiento de las personas menos favorecidas al servicio de los deseos de procreación de las personas más pudientes (como ya se da en Ucrania, donde un gran número de personas desfavorecidas se prestan a esta práctica por su precaria situación económica). Y por último mencionar la grave situación a la que la falta de

²²⁹ Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor ; Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad de Hombres y Mujeres.

legislación lleva al niño nacido por gestación por sustitución, especialmente debido a la falta de garantías en términos de revocación del consentimiento y consecuencias en caso de incidencias como eventuales malformaciones fetales o interrupción del embarazo. La preocupación ante dicho hecho surge en torno a evitar la conceptualización de la instrumentalización de los seres humanos.

Se debe continuar con un gran debate, tanto en el plano jurídico como en el ético, como expresión necesaria de aquello que la sociedad necesita, y el derecho aún no ha contemplado, o al menos no como se requiere. Mucho camino queda por recorrer, tanto en términos legales como en base a profundos debates morales, en un asunto de gran trascendencia como este. Queda como conducta hipócrita el hecho de que sí se reconozca a los niños nacidos por esta técnica fuera de España y no a las prácticas nacionales prohibidas por ley.

Así se debería regular el convenio de gestación por encargo, considerando la finalidad del derecho de servir al desarrollo del bienestar humano, recogido en el artículo 10.1 de nuestra Constitución, cuyo objetivo es procurar el libre desarrollo de la personalidad, que podría concretarse en el deseo legítimo y digno de protección jurídica de ser progenitor biológico o legal, amparando y facilitando la intención de crear una nueva vida.

6. Bibliografía

6.1. Libros

Warnock M. *A Question of Life. The Warnock Report on Human Fertilisation and Embryology*. Oxford: Blackwell; 1985.

ESHRE Task Force on Ethics and Law, 'Human Reproduction Surrogacy' Vol.20, No 10, 2005.

Casado Blanco M. y Ibáñez Bernaldez M., 'Reflexiones Legales y Éticas en torno a la Maternidad Subrogada' en *Revista Española de Medicina Legal*, Elsevier, 2014.

Bernal Camargo 'Técnicas de reproducción humana asistida, maternidad subrogada y derecho de familia' *Revista Republicana* 2009.

Cumpiano A., "¿Bebés a la orden? Consideraciones éticojurídicas de la maternidad subrogada", en *Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico*, Puerto Rico 56 1995.

Guitrón Fuentecilla, J. 'La genética y el Derecho familiar'. *Rev. Tapia*, Año VII, N 36, oct. 1987.

Calvo Caravaca A.L., y Carrascosa González J., "Gestación por Sustitución y Derecho Internacional Privado: Consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de

los Registros y del Notariado de 18 de Febrero de 2009". Cuadernos de Derecho Transnacional (Octubre 2009), Vol. 1,no 2.

6.2. Legislación

Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad de Hombres y Mujeres.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.

Francia, Loi n°94-653 du 29 juillet 1994 - art. 3 JORF 30 juillet 1994.

Italia, Ley n.40, de 19 de febrero de 2004 sobre normas en materia de procreación médicamente asistida.

Constitución Española, 1978