

LA MATERNIDAD SUBROGADA

POR D. JOSÉ MANUEL CRUZ MÉNDEZ

Estudiante de 3.º de Derecho

Facultad de Derecho, Universidad de Extremadura

Resumen

Análisis de la «maternidad subrogada», los argumentos que se esgrimen a favor y en contra de esta compleja figura, su situación jurídica en España y en algunas partes del mundo, consecuencias y realidad, a los efectos de demostrar la necesidad de su regulación legal a nivel español.

Abstract

Analysis of surrogate motherhood. The arguments used for and against this complex figure, their legal status in Spain and in some parts of the world, consequences and reality, for the purpose of demonstrating the need for legal regulation at Spanish level.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. ARGUMENTOS EN CONTRA Y A FAVOR
- III. MARCO LEGAL
- IV. TURISMO REPRODUCTIVO
- V. HACIA UNA CONVENCION INTERNACIONAL
- VI. LA SITUACION ESPAÑOLA
 - 1. LA GESTACION POR SUSTITUCION EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURIDICO
 - 2. LA INSCRIPCION EN EL REGISTRO CIVIL
- VII. DERECHO Y REALIDAD
- VIII. PROPUESTA DE REGULACION Y MODIFICACION LEGISLATIVA
- IX. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN

Se preguntaba y reflexionaba la profesora Blanco-Morales en sus conclusiones de la conferencia *¿Y tú de quién eres?*¹, la necesidad de que el legislador español no puede permanecer ajeno a una realidad que ha penetrado en nuestras salas de estar, suscitando un debate en el ámbito social, ético y jurídico, como es la «Maternidad subrogada»². Dicha figura se nos presenta como una figura moderna, fenómeno social por el cual una mujer, mediante contraprestación o sin ella, se compromete a gestar un bebé para que otra y otras personas puedan ser padres biológicos o no, lo cierto es que sus primeros antecedentes se encuentran en el antiguo testamento³. Si el Dios del antiguo Testamento no veía nada malo en la subrogación, si los propios profetas bíblicos recurrían a madres de alquiler. ¿Por qué nos cuesta tanto a nosotros aceptarla?

El primer acuerdo de maternidad subrogada en donde se involucró la inseminación artificial fue documentado en 1976, a través de Noel Keane, que creó la Surrogate Family Service Ins., con el fin de ayudar a parejas con dificultades para concebir, facilitando el acceso a madres sustitutas y realizando los arreglos necesarios para la subrogación⁴. En el año 1986 en Estados Unidos surgió un controvertido caso, que volcó toda la atención, conocido como «BABY M». El problema se presentó cuando una mujer gestante, en un acuerdo de maternidad con contrato previo y una vez nacida la niña, se arrepintió de darla al matrimonio contratante y decidió conservarla. Después de un proceso, la justicia decidió darle la tenencia al varón y los derechos de visita a la madre sustituta.

Es creciente la posibilidad de elección de la subrogación por parte de varones homosexuales como forma de acceder a la paternidad, ya sea que estén en pareja o solteros⁵. Surge un problema, a la hora de inscribir a esos niños y para

¹ Pilar BLANCO MORALES LIMONES, *¿Y tú de quién eres?*, Lección inaugural de la Universidad de Extremadura, curso académico 2010/2011.

² Se utilizan diversos términos para denominar esta realidad, siendo los más usuales maternidad subrogada, gestación por sustitución, alquiler de útero, madres suplentes, madres portadoras, alquiler de vientres, gestación por cuenta ajena o por cuenta de otro.

³ «Y ella dijo: He aquí mi sierva Vilha; llegaste a ella y dará a luz sobre mis rodillas, y yo también tendré hijos de ella». *Génesis* 15:2-3; 30:3.

⁴ Arteta ACOSTA CINDY, «Maternidad subrogada», *Revista de Ciencias Biomédicas*, febrero 2011, Cartagena (Colombia).

⁵ Casos popularmente conocidos, caso del cantante Ricky Martín, que por el método de subrogación tuvo gemelos en 2008 o más reciente el actor Roberto Enríquez que ha sido también padre de gemelos en 2012.

darle salida a la inscripción de nacimientos, la Dirección General de Registro y del Notariado, a través de una Instrucción de 5 de octubre de 2010, se arbitran los instrumentos necesarios para que el menor tenga acceso al Registro Civil español cuando uno de los progenitores sea de nacionalidad española.

II. ARGUMENTOS EN CONTRA Y A FAVOR

La maternidad subrogada plantea una gran diversidad de cuestiones tanto éticas como jurídicas, por lo que tiene detractores, gran parte de la doctrina civilista y muchos defensores, especialistas en fertilidad, agrupados en la Sociedad de Reproducción Humana y Embriología (E.S.H.R.E.) y muchos juristas especialistas en Derecho Internacional Privado.

Contrarios a esta figura argumentan que se trata de contratos inmorales y que de celebrarse un convenio de esa naturaleza, sería nulo, por estar las personas fuera del comercio, no pudiendo ser las mismas objeto de relaciones jurídicas, ya que a ello se opone su dignidad y el respecto al ser humano.

Para otros supone una explotación de la mujer, debido a que conlleva a la utilización de las mujeres pobres por las ricas o la utilización de las mujeres de países del tercer mundo, por las mujeres del primer mundo.

Y los que piensan que la maternidad es un proceso natural, por lo que al incorporar otras variables se desnaturaliza este proceso tornándose moralmente inaceptable. Este escenario ha dado lugar a su rechazo, pues consideran que las mujeres son manipuladas como si fuesen cautivas, siendo ésta una forma más de apropiación, control y explotación de la mujer. La Organización Panamericana de la Salud (O.P.S.), afirma que la mujer que actúa como madre subrogada apremiada por su situación económica, no establece una relación contractual entre iguales. Otro añadido es que el precio es bastante alto, lo cual restringe la posibilidad de acceder a ella solo a personas que tengan suficientes recursos económicos. También existe el argumento que la madre subrogada plantea problemas de difícil solución en el caso de aborto⁶ o que a libertad de disposición del cuerpo no puede incluir la comercialización del proceso generativo, some-

⁶ El caso de la pareja canadiense que requirió a la gestante abortar luego de descubrir que el feto padecía el síndrome de down. Newman (2020). Otro caso, más complejo tuvo lugar en Estados Unidos, Helen Beasley, británica, acordó con una pareja americana llevar a cabo una gestación, tras habersele implantado un óvulo fecundado con el espermatozoides del varón de la pareja, con la finalidad de ceder todos los derechos del niño previo pago de 19.000 dólares. Incorporan una cláusula que estipulaba que se haría una reducción selectiva en caso de producirse un embarazo múltiple. La mujer quedó embarazada de gemelos y la pareja solicita que se deshaga de uno de los fetos. Sin embargo, ella se niega alegando que peligraba la vida de los niños y la suya. La pareja, entonces, amenaza con no cumplir con sus obligaciones financieras. Los tribunales americanos le otorgan la custodia a la pareja. El tribunal Supremo inglés concluye que el matrimonio tenía la custodia según las leyes californianas, pero la gestante tiene responsabilidad legal bajo las leyes inglesas, puesto que éstas prohíben la madre subrogada. Se apela a los convenios internacionales sobre secuestro de niños determinando que podrían volver a EE.UU. solo si habitualmente residieran allí. Dado

tiendo la voluntad de la mujer a cláusulas limitativas de su libertad respecto al desarrollo del proceso gestacional y de las decisiones que deban tomar respecto al feto mientras dure la gestación.

Respecto a los argumentos a favor, la maternidad subrogada es una modalidad más para ejercer la paternidad y se equipara a otras formas de acceder a la misma.

Sintetizadas ambas posturas, surge la pregunta obligada: ¿es conveniente prohibir la figura de la madre subrogada, declarar la nulidad del convenio y reconocer siempre la maternidad en la gestante, o se debe regular esta figura, y reconocer la afiliación de aquel?⁷

III. MARCO LEGAL

El tratamiento legal de la madre subrogada ofrece tres grandes opciones: desde países que prohíben esta práctica (como España) a otros que la regulan para determinadas situaciones (Holanda) y quienes la fomentan abiertamente (India).

Desde un punto de vista penal, el art. 221 C.P. –según la redacción dada en 2003– establece que «*I. Los que, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concorra relación de filiación o parentesco... serán castigados por las penas de prisión de uno a cinco años.*»

Podemos añadir algún otro precepto del Código civil, como el art. 177.2.2 *in fine*, cuando al hablar de adopción, establece que el asentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido treinta días desde el parto, es decir, aunque se pretendiera difuminar la gestación por sustitución como si fuera un tipo de adopción, nunca sería legal pactar la entrega del bebé antes de dar a luz mientras el Código civil español señale el plazo de un mes tras el parto⁸.

No obstante la Instrucción de la Dirección General de Registros y Notariado sobre «régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución», de 5 de octubre de 2010, que, basándose en el interés superior del menor, ordena, sin prejuzgar la cuestión de fondo –la filiación–, la inscripción en el Registro Civil español de los españoles nacidos en el extranjero mediante esta

que el juez consideró que no tenían lugar de residencia habitual, el matrimonio estadounidense perdió la apelación y los mellizos y podrán quedarse en Inglaterra. Souto Galván (2006: 181-195).

⁷ Ya en el año 2005, la E.S.R.H.E. (*European Society of Human Reproduction and Embryology*) sostuvo que la gestación por sustitución es un procedimiento aceptable, siempre que sea altruista y para ayudar a una pareja para la que es imposible o tiene médicamente contraindicado para llevar un embarazo. Para la E.S.R.H.E. las objeciones morales contra el procedimiento no son razones suficientes para prohibir la gestación por sustitución.

El informe elaborado por la Comisión Palacios, aprobado en el Pleno del Congreso de los Diputados en su sesión del día 10 de abril de 1986, rechaza la madre de subrogación en base a razones éticas.

⁸ Carlos PÉREZ VAQUERO, «Diez claves para conocer los vientres de alquiler», *Noticias Jurídicas*, diciembre 2010.

técnica, siempre y cuando exista una decisión judicial extranjera que determine dicha filiación. Y en este principio de favor *recognitionis* el que debe informar la aplicación del art. 96.2.d) de la Ley 20/2001, de 21 de julio, del Registro Civil, que permite un reconocimiento incidental de las resoluciones judiciales extranjeras cuando la inscripción de la resolución no resulta manifiestamente incompatible con el orden público español⁹ permite la inscripción el Registro Civil de los hijos nacidos mediante gestación por sustitución en los países cuya normativa lo permita y siempre que al menos uno de los progenitores sea español.

El Comité Consultatif National d'Éthique de Francia, *Opinión*, n.º 3 de 23 de octubre de 1984, no se manifiesta a favor de la madre subrogada en tanto ésta puede servir a intereses comerciales y llevar a la explotación material y psicológica de las mujeres involucradas.

La ley alemana de protección del embrión 745/90 de 13 de diciembre de 1990 sanciona con una pena privativa de la libertad, al que fecundara artificialmente o transfiriera un embrión a una mujer dispuesta a entregar el niño a terceros luego su nacimiento.

En Suiza la madre subrogada está prohibida por el art. 119.2 de la Constitución Federal.

En Portugal el decreto ley n.º 496 de 25 noviembre de 1977 dice que el marido que consiente la inseminación artificial no puede negar la paternidad. Más adelante, el 23 de agosto de 1982 el art. 214 del C.P. plantea que quienes practiquen inseminación artificial a una mujer sin su consentimiento será castigado con prisión.

En Estados Unidos, algunos estados prohíben esta práctica, como es el caso de Minnesota o Virginia.

Brasil, si bien no tiene legislación específica al respecto, posee una resolución sobre gestación, prohibiéndose el carácter lucrativo de esta práctica. En Colombia o Guatemala no existe ninguna ley que prohíba o permita específicamente el tema de la maternidad subrogada.

En Australia los Comités de investigación de las distintas jurisdicciones se expresan con graves reservas o bien recomiendan que dicha práctica sea prohibida, haciendo una clara distinción entre maternidad subrogada comercial y la altruista, castigando la primera con prisión y permitiendo la segunda, no obstante se prohíbe la publicidad sobre el tema.

En Inglaterra, en 1980, se consideró que no son válidos los contratos, ratificado por el acuerdo de 1990 sobre Fertilización Humana y Embriología¹⁰.

⁹ Carmen VAQUERO LÓPEZ, *Informe de la conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya*, Lex Nova.

¹⁰ Martha Rossana GALLARDO ROSALES, *Contratación de madre subrogada*, Tesis Doctoral de la Universidad de San Carlos de Guatemala, noviembre 2007, 61 págs.

En Grecia está regulada por dos leyes: la Ley 3089/2002 y la Ley 3305/2005.

En Israel, la posición adoptada por el Ministerio de Justicia, por el procurador general y los tribunales ha sido que la ley israelí no prohíbe ni sanciona.

Están legalizadas las madres de subrogación en Georgia, Ucrania, India, Rusia y en 18 estados de los Estados Unidos. De los estados que han legislado sobre el tema, hay dos con posiciones contrapuestas, California y Virginia. California el que más simpatiza y Virginia lo contrario.

La gestación en Ucrania es absolutamente legal. Así lo permite el Código de Familia y la Orden 771 del Ministerio de Salud.

En Rusia se rigen por el Código de Familia de la Federación de Rusia.

En Argentina, que carece de Ley que regule la maternidad subrogada, en la práctica ésta se realiza, aunque mediante varios subterfugios como la impugnación de la maternidad o el reconocimiento por parte del marido que brinda sus gametos y, por lo tanto, esta persona no incurriría en un reconocimiento complaciente al ser, efectivamente, el padre biológico y procediendo después su esposa a solicitar la adopción de integración¹¹.

IV. TURISMO REPRODUCTIVO

Puede definirse como el desplazamiento de un individuo o pareja desde su país de origen a otro país, para acceder a los diversos tratamientos de reproducción. Este turismo también deja entrever la idea de que la reproducción humana es un objeto del comercio.

El turismo reproductivo da lugar a diferentes problemas. Especialmente se produce respecto a los niños nacidos en Rusia¹², Ucrania o la India (según la normativa vigente en la India, a los niños nacidos a través de gestación por sustitución se les extiende un certificado de nacimiento) donde figura la gestación por sustitución, se les extiende un certificado de nacimiento donde figura el nombre del padre, quien aportó el gameto masculino y como nombre la madre subrogante. El niño se encuentra en un limbo jurídico, vulnerando el art. 3 de la Convención sobre los derechos del niño realizado en Nueva York el 20 de noviembre de 1989¹³.

Caso contrario es cuando el acuerdo se ha realizado en un país como EE.UU. y conforme a las normas de ciudadanía, el niño que nace allí adquiere

¹¹ Eleonora LAMM, «Gestación por sustitución», *Indret. Revista para el análisis del derecho*, julio 2002, Barcelona.

¹² La Federal Law on Citizenship of R.F. 2002, establece que si un niño nace en Rusia y es hijo de padre extranjeros, solo adquiere la nacionalidad rusa si los padres tienen residencia permanente en Rusia.

¹³ Pilar BLANCO MORALES LIMONES, *¿Y tú de quién eres?*, Lección inaugural de la Universidad de Extremadura, curso académico 2010/2011.

la ciudadanía de Estados Unidos y por lo tanto podrá viajar de regreso a su país con un pasaporte estadounidense. Las dificultades comienzan cuando regresan y los comitentes procuran la inscripción del certificado de extranjero y esto es denegado por razones de orden público.

Como consecuencia de esta situación, el niño es residente en un Estado que no reconoce a sus padres como padres legales, lo que afecta al derecho del niño a la afiliación, adquirir una nacionalidad, el derecho del niño a la identidad. Prueba de ellos se encuentra el caso de los mellizos M&M resuelto por la Corte de Apelación de Lieja¹⁴.

No obstante, no sucedió lo mismo en Francia, con el conocido caso Mennesson¹⁵.

V. HACIA UNA CONVENCIÓN INTERNACIONAL

Ante las diferentes alternativas o conflictos y el limbo jurídico en el que se encuentren hoy muchos niños, la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado emite informe preliminar sobre los problemas de maternidad de sustitución¹⁶. La Conferencia de La Haya se alinea con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que en varias ocasiones ha puesto de manifiesto cómo, en relación con decisiones en el ámbito del estado civil y el Derecho de familia, el no reconocimiento de una decisión extranjera por un Estado que forma parte en el Convenio Europeo de Derechos Humanos puede constituir una violación de ciertos derechos fundamentales establecidos en el propio Convenio, particularmente, del «derecho al respeto a la vida privada y familiar».

En España la tendencia favorable al reconocimiento de decisiones judiciales en materia de filiación ya se puso de manifiesto con la Instrucción de la D.G.R.N. de 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos

¹⁴ Se trata de un matrimonio de varones casados en Bélgica que tienen gemelos en California mediante un contrato de mujer subrogada. Una vez en Bélgica solicitaron la transcripción de los certificados de nacimiento. Primeramente el tribunal de primera instancia denegó la inscripción por violación del orden público, pues considera la legislación belga que los contratos violan el orden público y la dignidad humana. Esta sentencia fue parcialmente revocada por la Corte de Apelación de Lieja, a fecha 6 de septiembre de 2010, y llegó a la conclusión que la reserva de orden público debía ser matizada por el interés superior de los niños que se vería afectado si los niños son privados del vínculo jurídico con su padre biológico.

¹⁵ El matrimonio francés Mennesson se desplaza a California y celebra con una norteamericana el contrato de gestación por sustitución, por el que dará a luz dos hijos de la pareja, concebido con los gametos del padre y un óvulo donado. Los tribunales franceses basándose en razones de orden público, por vulneración de la ley francesa, consideran que su anulación de la inscripción no priva a los niños de su filiación materna ni paterna reconocida por el derecho californiano. Los Sres. Mennesson han recurrido al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, presentada el 6 de octubre de 2011.

¹⁶ *Rapport préliminaire sur les problèmes découlant des conventions de maternité de substitution a caractères International*. Document préliminaire 10 de marzo 2012. Hague Conference on private international law conference de la Haya de droit international privé.

mediante gestación por sustitución que, basándose en el interés superior del menor, ordena, sin prejuzgar la cuestión de fondo –la filiación–, la inscripción en el Registro Civil español de los españoles nacidos en el extranjero mediante esta técnica, siempre y cuando exista una decisión judicial extranjera que determine dicha filiación.

VI. LA SITUACIÓN ESPAÑOLA

1. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO

En España, la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida de 2006, en su art. 10 declara «nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero». La ley descarta lo que se denomina vientre de alquiler o mujer subrogada, ya que la filiación queda determinada por el parto, incluso, aún sin la existencia de dicha norma, el contrato sería nulo por ilicitud de causa y razón de su objeto, al considerarse fuera del comercio de los hombres la capacidad de gestar¹⁷.

La única posibilidad de conseguir la determinación de la filiación utilizando la técnica de la gestación por sustitución sería el supuesto mencionado por algún autor¹⁸, consistente en que un varón casado preste su consentimiento para la fecundación de una mujer distinta a su cónyuge con sus gametos y consiga que la madre gestante preste su asentimiento para la adopción, una vez transcurridos treinta días desde el parto, tal y como permiten los arts. 176.2 y 177 C.c.

La única sanción jurídico-penal que se puede imponer a quienes participen de esta práctica reproductiva se encuentra en los arts. 220 y 221 del C.P., que regulan los supuestos de suposición de parto y alteración de la paternidad, estado o condición del menor.

En el caso de las parejas homosexuales de varones, pues las parejas de mujeres no precisan de recurrir a este tipo de contratos, ya que una de ellas puede llevar a cabo la gestación¹⁹. Por otra parte, las parejas heterosexuales se han mantenido al margen de las polémicas generadas por las parejas homosexuales.

¹⁷ María del Rosario DÍAZ ROMERO, «La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico», *Diario La Ley*, n.º 727, 14 de diciembre de 2010. Ref. D-376.

¹⁸ C. LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho Civil*, tomo VI: «Derecho de Familia», Madrid, 2010, págs. 322-325.

¹⁹ Estas parejas plantean otros problemas, entre los que cabe mencionar la donación de óvulos dentro de la pareja. De esta manera, una de ellas gesta el hijo y la otra dona su material genético. El programa, denominado R.O.P.A. (acrónimo de Recepción de Óvulos en Pareja), no deja de ser controvertido, pues la donación de óvulos no es anónima, requisito exigido necesariamente para su legalidad. Sin embargo un informe positivo de la Comisión Nacional de Reproducción, de diciembre de 2008, ha abierto esta posibilidad y centros como I.V.I. y C.I.R.H. de Barcelona lo practican.

2. LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO CIVIL

Nos sirve de base el caso de una pareja de varones, ciudadanos españoles, solicitan con fecha 7 de noviembre de 2008 la inscripción en el Registro Civil de dos nacimientos, de dos mellizos, acaecidos en California. Con fecha de 10 de noviembre de 2008, se dictó auto por el encargado del Registro Civil, denegando la inscripción, alegando que el contrato era nulo de pleno derecho y que debía considerarse madre legal de los niños a la gestante. No estando de acuerdo, recurre ante la D.G.R.N., que resuelve la cuestión mediante auto de 18 de febrero de 2009. Dicho auto ordena la inscripción de los niños en el Registro Consular.

Tras la promulgación del auto, el Ministerio Fiscal, demanda a la D.G.R.N. y se resuelve mediante sentencia 193/2010 de 15 de septiembre y en la sentencia el juez ordena la cancelación de la inscripción.

Un mes después de dictarse la sentencia el 15 de octubre de 2010, la D.G.R.N. dicta una instrucción de 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. Instrucción criticada por diversos autores, entre ellos Calvo Caravaca y Carrascosa González²⁰.

Como quiera que en los Estados Unidos se exige una resolución judicial para inscribir en el Registro a los nacidos por gestación de sustitución, dicha instrucción de la D.G.R.N. es una solución de compromiso²¹.

La nueva ley de registro civil apareció en el B.O.E. el 22 de julio de 2011. La Ley cuenta con una *vacatio legis* de tres años, pues prevé una reforma sustancial en la organización y funcionamiento de nuestro Registro Civil.

En consecuencia dejaría de aplicarse la instrucción de la D.G.R.N. de 2011. Para Albert Márquez²² la nueva regulación tiene muchas posibilidades de significar, de hecho, la legalización en nuestro ordenamiento jurídico de la gestación de sustitución realizada en aquellos países donde ésta es legal, por varias razones:

- a) Razones de coherencia.
- b) Razones de equidad, debido al elevado coste que tiene este proceso en el extranjero.
- c) Razones de igualdad y no discriminación, vinculadas al derecho a la vida familiar de las parejas homosexuales varones frente a parejas homosexuales de mujeres.

²⁰ A.-L. CALVO CARRAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Notas críticas en torno a la instrucción de la D.G.R.N. de 5 de octubre de 2010», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo 2011, n.º 3, págs. 247-262.

²¹ Marta ALBERT MÁRQUEZ, «Los contratos de gestación de sustitución celebrados en el extranjero y la nueva Ley del Registro Civil», *Diario La Ley*, n.º 7863, 22 de mayo de 2012. Ref. D-209.

²² Marta ALBERT MÁRQUEZ, «Los contratos de gestación de sustitución celebrados en el extranjero y la nueva Ley del Registro Civil», *Diario La Ley*, n.º 7863, 22 de mayo de 2012. Ref. D-209.

- d) Razones de garantía del derecho a la intimidad familiar, que protege a la pareja de varones y a los hijos habidos mediante contrato.

Algunos sectores ultraconservadores denuncian que estamos ante una introducción de la maternidad subrogada en España por la vía indirecta²³.

Los tribunales españoles están aceptando los derechos de los niños y padres que han usado este método de maternidad o paternidad. Sentencia n.º 212/2012 de lo Social de Oviedo por la que se concede a la actora, que concibió a su hija mediante vientre de alquiler en Estados Unidos, a disfrutar de 16 semanas por permiso de maternidad o la Sentencia n.º 668/2012 del T.S. de Madrid, que reconoce el derecho a la prestación por maternidad a un progenitor en un matrimonio homosexual.

VII. DERECHO Y REALIDAD

Se desprende del ensayo que es necesario la regulación de esta práctica.

Ni la prohibición expresa ni el silencio de la ley evitan que la práctica se realice, antes bien se utilizan estrategias o subterfugios que generan conflictos que podrían ser evitados con una regulación legal que controle la práctica y resuelva los problemas que ocasiona.

Las limitaciones legales son discriminatorias por dos razones especialmente²⁴:

1. Fomentan el turismo reproductivo.
2. La gestación por sustitución representa la única opción que tiene una pareja homosexual compuesta por dos varones de tener un hijo genéticamente propio.

La realidad es que nos encontramos con una situación sin salida legal, como explicar qué ocurrirá con los hijos habidos en el extranjero mediante contrato de gestación de sustitución y qué será de la vigencia efectiva del art. 10 de la L.O. 14/2006.

VIII. PROPUESTA DE REGULACIÓN Y MODIFICACIÓN LEGISLATIVA

El contrato de maternidad subrogada es válido, en la medida en que ayuda al ser humano a cumplir sus expectativas, pues le brinda la posibilidad de concebir y criar un hijo genéticamente suyo, aunque haya sido gestado por otra mujer.

²³ El presidente del Foro Español de la Familia, Benigno Blanco, agrega que es un fraude de Ley, en las declaraciones al diario *ABC* el 8 de octubre de 2010.

²⁴ Eleonora LAMM, «Gestación por sustitución», *Indret. Revista para el análisis del derecho*, julio 2002, Barcelona.

Pero al mirar esta posibilidad con un carácter comercial y económico, deja de lado el loable objetivo que tenía, para ajustarse a una realidad donde lo que prevalece es el sentido monetario sobre el sentido humano, es en esta situación donde aparece el desacuerdo con el desarrollo científico, y con la vulnerabilidad de la persona. Es por eso, que se hace necesario que el Estado legisle y controle la maternidad subrogada para evitar que se convierta en un negocio lucrativo²⁵.

Junto al convenio exigiría, junto a su regulación, la reforma de algunas normas existentes²⁶:

1. Modificación de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, se reforma el art. 10 que queda así Convenio de gestación por sustitución. Será admisible el convenio de gestación por sustitución con los requisitos, formalidades y efectos que reglamentariamente se establezcan.
2. Modificación del Código civil:
 - a) Se añade un cuarto párrafo al art. 1271: será admisible el convenio de gestación por sustitución en los términos legalmente establecidos.
 - b) Se añade un apartado al art. 1275: será válido el convenio de gestación por sustitución en los términos legalmente establecidos.

IX. CONCLUSIONES

La maternidad subrogada es una realidad existente, suscitando un intenso debate y la mejor solución, la más garantista, es no cerrar los ojos, ni prohibir, sino regular, por ello es necesario la regulación de un convenio de gestación por sustitución, que el profesor Vela Sánchez, de la Universidad Pablo de Olavide, desarrolla su propuesta en el *Diario La Ley*, n.º 7621, mayo 2011. Ref. D-190.

Así mismo la profesora Blanco Morales nos indicaba que el legislador tiene, una vez más, la oportunidad de ofrecer una respuesta legal, social, global y transformadora, que deje atrás soluciones dogmáticas, algebraicas y simplistas, ancladas en ideas pétreas y le proporcione al menor un tratamiento legal acorde con el principio del interés superior del menor, tal y como recogen las normas españolas vigentes de Derecho Internacional Privado.

La maternidad subrogada debería estar controlada y regulada por el Estado, tipificando su naturaleza jurídica, pues hay varias corrientes, al identificarla como arrendamiento de servicios o con el de arrendamiento de obra, para evitar abusos y prevenir potenciales problemas que puedan surgir en el proceso, cuidando de todas las partes involucradas, fundamentalmente a la madre sustituta y los derechos del niño.

²⁵ Arteta ACOSTA CINDY, «Maternidad subrogada», *Revista de Ciencias Biomédicas*, febrero 2011.

²⁶ Antonio VELA SANCHEZ, «La gestación por sustitución o maternidad subrogada», *Diario La Ley*, n.º 7608. Ref. D-158.

BIBLIOGRAFÍA

- ACOSTA CINDY, Arteta, «Maternidad subrogada», *Revista de Ciencias Biomédicas*, febrero 2011, Cartagena (Colombia).
- BLANCO MORALES LIMONES, Pilar, *¿Y tu de quién eres?*, Lección inaugural de la Universidad de Extremadura, curso académico 2010/2011.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R., «Hijos made in California», *Aranzadi Civil*, 3/2009, Paf 2. Edición electrónica.
- DÍAZ ROMERO, María del Rosario, «La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico», *Diario La Ley*, n.º 727, 14 de diciembre de 2010, Ref. D-376.
- GALLARDO ROSALES, Martha Rossana, *Contratación de madre subrogada*, Tesis Doctoral Universidad de San Carlos de Guatemala, noviembre 2007, 61 págs.
- GUZMÁN, Mónica, «El acceso al registro español de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución», *Revista Notario*, noviembre/diciembre 2010, págs. 51-55.
- LAMM, Eleonora, «Gestación por sustitución», *Indret. Revista para el análisis del derecho*, julio 2002, Barcelona.
- LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil*, tomo VI: «Derecho de Familia», Madrid, 2010, págs. 322-325.
- MUÑOZ DE DIOS, Luis, «Vientres de Alquiler», *Revista Notario*, noviembre/diciembre 2010, págs. 45-50.
- PÉREZ VAQUERO, Carlos, «Diez claves para conocer los vientres de alquiler», *Noticias Jurídicas*, diciembre 2010.
- SOUTO GALVÁN, Beatriz, «Aproximación al estudio de la gestación de sustitución desde la perspectiva del Bioderecho», *Nueva Época*, n.º 1/2005, págs. 275-292.
- VAQUERO LÓPEZ, Carmen, *Informe de la conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya*, Lex Nova.
- VELA SÁNCHEZ, Antonio, «La gestación por sustitución o maternidad subrogada», *Diario La Ley*, n.º 7608, Ref. D-158.
- Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida de 2006. Ley 14/2006, de 26 de mayo (B.O.E. 27 de mayo de 2006).
- Convenio de la C.I.E.C. de 12 de septiembre de 1962, Determinación de la materia de hijos no matrimoniales, al que se adhirió España por instrumento de 27 de enero de 1984 (B.O.E. 17 abril de 1984).
- Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993 de adopción internacional, B.O.E. (1 de agosto de 1995).
- Dirección General de Registros y Notariado, Régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución (B.O.E. 7 de octubre de 2010).
- Sentencia 193/2010 del Juzgado de Primera Instancia n.º 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010, dejando sin efecto la inscripción de la D.G.R.N. de fecha 18 de febrero de 2009.
- Sentencia 826/2011 de la Audiencia Provincial de Valencia, en la que confirma la demanda formulada por el ministerio fiscal contra la resolución de la D.G.R.N. que ordenó la inscripción en el Registro Civil.