



**UNIVERSIDADE
DA CORUÑA**

**TRABAJO DE FIN DE GRADO – GRADO EN DERECHO
CURSO 2020/2021**

**CUESTIÓNS RELATIVAS Á XESTACIÓN SUBROGADA.
PRESTACIÓN POR MATERNIDADE E IMPLICACIÓNS ÉTICAS**

**CUESTIONES RELATIVAS A LA GESTACIÓN SUBROGADA.
PRESTACIÓN POR MATERNIDAD E IMPLICACIONES ÉTICAS**

**ISSUES AROUND SURROGACY.
MATERNITY LEAVE AND ETHICAL IMPLICATIONS**

Alumno: Samuel García Mira

Tutora: Noelia Collado Rodríguez

ÍNDICE DE CONTENIDO

ABREVIATURAS	5
SUPUESTO DE HECHO	6
I. CUESTIONES PREVIAS	7
1. TERMINOLOGÍA Y CONCEPTO DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.....	7
2. MODALIDADES DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN	8
3. GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN EL DERECHO COMPARADO	9
3.1 PROHIBICIÓN DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN.....	9
- Francia	9
- Alemania.....	10
- Italia.....	10
3.2 ADMISIÓN SOLO CUANDO ES GRATUITA Y BAJO CIERTOS REQUISITOS. 10	
- Reino Unido.....	11
3.3 ADMISIÓN AMPLIA	11
II. CUESTIONES DEL SUPUESTO DE HECHO	12
1. PRIMERA PREGUNTA	12
1.1 ¿ES VÁLIDO EL CONTRATO REALIZADO ENTRE AMBAS MUJERES?	12
1.1.1 Regulación de la GS en Grecia	12
1.1.2 Análisis del contrato entre D ^a Lola y D ^a Rocío	13
1.2 ¿TIENE ALGÚN RECONOCIMIENTO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL?.....	14
1.2.1 La prohibición de la GS en España	14
1.2.2 La GS según el Código Civil.....	15
1.2.3 Efectos en el ordenamiento jurídico español: el reconocimiento de la filiación ...	15
1.3 ¿PODRÍAN LOS HECHOS EXPUESTOS EN ESTE SUPUESTO LLEGAR A SER CONSIDERADOS FRAUDE DE LEY?.....	16
1.3.1 Concepto de fraude de ley	16
1.3.2 El fraude de ley en la GS según la DGRN: La Resolución 18 de Febrero de 2009	17
1.3.3 El fraude de ley en la GS según la jurisprudencia	19
A) Sentencia del Juzgado de Valencia nº193/2010	19
B) Sentencia de la Audiencia Pronvvincial de Valencia nº826/2011	20
C) Sentencia del Tribunal Supremo nº835/2013	20
1.4 ¿EXISTE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL POR PARTE DE D ^a LOLA TAL Y COMO SOSTIENE D ^a ROCÍO?	21

1.4.1 Efectos de la nulidad absoluta o de pleno derecho	21
2. SEGUNDA PREGUNTA	23
2.1 ¿ES VÁLIDA LA INSCRIPCIÓN REGISTRAL DEL MENOR?	23
2.1.1 La Instrucción 5 de octubre de 2010	23
2.1.2 Finalidad de la Instrucción	24
A) El interés superior del menor.....	24
B) La protección de las mujeres gestantes	25
2.1.3 La exigencia de una resolución judicial extranjera	25
2.1.4 Procedimiento para el reconocimiento de la decisión judicial extranjera	25
2.2 ¿A QUIÉN HA DE RECONOCER EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL COMO MADRE DEL MENOR?.....	27
3. TERCERA PREGUNTA	28
3.1 ¿QUÉ CONSECUENCIAS PENALES, SI LAS HUBIERE PODRIAN LLEGAR A DERIVARSE DE LOS HECHOS DESCRITOS EN EL PÁRRAFO SEGUNDO DEL SUPUESTO?.....	28
3.1.1 Delito relativo a la suposición de parto (ART. 220.1 CP)	28
A) Hecho típico.....	28
B) Bien jurídico protegido.....	29
C) Sujeto activo y pasivo	29
D) <i>Iter criminis</i>	30
E) Penalidad.....	30
F) Conclusión	30
4.2 DELITO RELATIVO A LA OCULTACIÓN O ENTREGA DE HIJO (ART. 220.3 CP)	31
A) Hecho típico.....	31
B) Bien jurídico protegido.....	31
C) Sujeto activo y pasivo	31
D) <i>Iter criminis</i>	32
E) Penalidad.....	32
F) Conclusión	32
4. CUARTA PREGUNTA	33
4.1 ¿TIENE DERECHO D.ªROCIO A LA PRESTACIÓN POR MATERNIDAD?.....	33
4.1.1 Concepto y regulación de la prestación por maternidad	33
4.1.2 La prestación por maternidad en la GS	33
4.1.3 La jurisprudencia sobre la prestación por maternidad en los casos de GS.....	34
4.1.3.1 Sentencia TS de 25 de octubre de 2016, Nº537/2016	34

4.1.3.2 Caso particular de D ^a Rocío	35
4.2 ¿TIENE DERECHO D ^a LOLA A LA PRESTACIÓN POR MATERNIDAD?.....	36
5. QUINTA PREGUNTA	37
5.1 ¿EXISTEN MOTIVOS QUE JUSTIFIQUEN UNA REGULACIÓN POSITIVA DE LA GESTACIÓN SUBROGADA EN ESPAÑA, AL ESTILO DE OTROS PAÍSES DE NUESTRO ENTORNO COMO POR EJEMPLO PORTUGAL O GRECIA?.....	37
5.1.1 La GS como una vía de acceso a la maternidad y paternidad	37
5.1.2 La libertad reproductiva y el derecho a la reproducción	38
5.2 ¿CUALES SERÍAN LAS IMPLICACIONES ÉTICAS DE ESTA REGULACIÓN?	38
5.2.1 Problemas derivados de la autonomía de la voluntad	39
5.2.2 El ser humano como objeto contractual	40
5.3 ¿SERIA POSIBLE JUSTIFICAR LA GESTACION SUBROGADA COMO UN DERECHO HUMANO REPRODUCTIVO?	40
III. CONCLUSIONES.....	42
BIBLIOGRAFÍA	44
APÉNDICE LEGISLATIVO	47
APÉNDICE JURISPRUDENCIAL	49

ABREVIATURAS

Art: Artículo.

AP: Audiencia Provincial.

BOE: Boletín Oficial del Estado.

CC: Código Civil.

CCG: Código Civil Griego.

CE: Constitución Española

CEDH: Convenio Europeo de Derechos Humanos.

CP: Código Penal.

DGRN: Dirección General de Registros y del Notariado.

ET: Estatuto de los Trabajadores.

et. al.: y otros.

EEUU: Estados Unidos.

FJ: Fundamento jurídico.

GS: Gestación por sustitución.

INSS: Instituto Nacional de la Seguridad Social.

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil.

LGSS: Ley General de la Seguridad Social.

LRC: Ley del Registro Civil.

LTRH: Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

MF: Ministerio Fiscal.

nº: Número.

op. cit.: Obra citada con anterioridad.

p: Página.

RAE: Real Academia Española.

RC: Registro Civil.

REC: Recurso.

RJ: Repertorio jurisprudencial.

RRC: Reglamento del Registro Civil.

ss: Siguietes.

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

TRA: Técnicas de reproducción asistida.

TS: Tribunal Supremo.

UNED: Universidad Nacional de Educación a Distancia.

SUPUESTO DE HECHO:

Doña Rocío L. M. y doña Lola F. R., ambas de nacionalidad española y afiliadas al régimen general de la Seguridad Social, llegan a un acuerdo de gestación subrogada por el que doña Lola se presta a gestar un hijo para doña Rocío. En virtud de este acuerdo, D.^aRocío se compromete a aportar sus óvulos para que, una vez fecundados con los gametos de un donante anónimo, sean implantados en D.^a Lola, que se compromete a gestar el hijo biológico de Rocío y a renunciar a la guardia y custodia del niño y a todos sus derechos sobre él en favor de ésta.

A tenor de este pacto, en febrero de 2019, Rocío sufraga los gastos del tratamiento de reproducción asistida al que se somete D.^a Lola en Grecia, país en el que la gestación subrogada está regulada y es legal. Transcurrido el periodo de embarazo D.^a Lola da a luz a un hijo y, siguiendo los términos del acuerdo entre ambas, lo entrega a D.^a Rocío, quien lo inscribe como su propio hijo en el Registro Civil de la oficina Consular de España en Grecia. Ambas mujeres y el niño regresan a España, cada una a su lugar de residencia.

D.^a Rocío y el niño residen en A Coruña, mientras que D.^a Lola vive en Murcia. Ambas solicitan la prestación de maternidad, en calidad de madres biológicas, aunque tan solo D.^a Rocío se va a dedicar al cuidado del niño. La prestación le es concedida a D.^a Lola y denegada a D.^a Rocío, por entrar en contradicción con la solicitud previa de D.^a Lola —hay dos madres biológicas— y no encontrarse en ninguna de las situaciones previstas en el art. 177 de la Ley General de Seguridad Social.

D.^a Rocío presenta reclamación administrativa y, al serle nuevamente denegada, interpone una demanda contra el INSS ante el Juzgado de lo Social n.º 2 de A Coruña, reclamando que se le reconozca el derecho a la prestación por maternidad en calidad de madre biológica y legal del niño. Interpone también demanda contra D.^a Lola en el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de A Coruña por incumplimiento contractual, al haber solicitado la prestación por maternidad.

I. CUESTIONES PREVIAS

Antes de abordar las diversas cuestiones que subyacen en el supuesto de hecho, analizaremos breves aspectos acerca de la gestación por sustitución que nos permitirán conocer mejor en que consiste esta práctica. Para ello, dedicaremos este apartado a analizar el concepto, modalidades y regulación en el derecho comparado.

1. TERMINOLOGÍA Y CONCEPTO DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

En este apartado, haremos una breve referencia a la terminología de “gestación por sustitución”¹ (en adelante, GS), también conocida como “maternidad subrogada” y, en el ámbito coloquial, como “vientre de alquiler”. A nuestro juicio, el término correcto sería el primero, ya que refleja perfectamente la conducta que queremos describir, que no implica ni más ni menos, que el hecho de gestar un embrión para otra persona.

Para descartar el término de maternidad subrogada, nos remitimos en primer lugar a la propia definición que ofrece la Real Academia Española² (en adelante, RAE) acerca de estos conceptos:

- Maternidad: “estado o cualidad de ser madre”.
- Subrogar: “Sustituir o poner a alguien o algo en lugar de otra persona o cosa”.

En segundo lugar, y siguiendo a E. LAMM, rechazamos el término de “maternidad subrogada” por ser demasiado extenso y abstracto, y porque, además, la maternidad no puede ser objeto de subrogación, lo único que puede subrogarse es la gestación. También, es necesario recalcar que esta práctica presenta distintas modalidades, en las cuales, la gestante no tiene ningún tipo de relación genética con el embrión, por lo que difícilmente podemos considerarla su madre biológica. Por último, también descartamos el término “vientre de alquiler” por su carácter despectivo y desfasado. Además, presupone con la palabra alquiler, la existencia de una contraprestación económica.

Después de haber realizado una breve precisión terminológica, nos aproximaremos a conocer en que consiste la GS, que puede definirse como una técnica de reproducción asistida (en adelante, TRA) que consiste en que una mujer gaste (gestante) en su vientre a un embrión, y una vez este haya nacido, se lo entregue a la persona que se lo haya encargado (comitente), renunciando la gestante a sus derechos sobre él mismo³.

En cuanto al concepto legal, FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOSES la define 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 sujetos individuales o una pareja, matrimonial o no, que pueden aportar o no sus gametos*”⁴.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia⁵ (en adelante, AP) nº5738/2011 de 23 de noviembre, en su fundamento jurídico primero, aporta su propio concepto de la GS en términos semejantes a los establecidos por FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOSES.

Por lo tanto, podemos concluir que la GS se origina a través de un negocio jurídico bilateral,

¹ LAMM, E.: “Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres”. Universitat de Barcelona, 2014 pp 22-26. Disponible en <http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/115984/1/9788447537730%20%28Creative%20Commons%29.pdf>.

² Sitio web de la RAE [Diccionario de la lengua española | Edición del Tricentenario | RAE - ASALE](#).

³ CANO, M. E.: “Breve aproximación en torno a la maternidad subrogada”. Disponible en: www.revistapersona.com.ar/cano.htm.

⁴ FERNÁNDEZ SANCHO-TAHOSES, A. S.: “Eficacia jurídico-registral del contrato de gestación subrogada”, en ArC, 2011, nº 3, editorial Aranzadi, Cizur Menor. BIB 2011/1357.

⁵ Sentencia AP de Valencia de 23 de noviembre de 2011 [nº rec. 949/2011][ES:APV:2011:5738].

conformado por la gestante y el comitente, cuyo objeto es gestar un embrión, ya sea con parte de su material genético o con exclusivamente el material genético de los comitentes para posteriormente establecer la filiación en favor de estos, renunciando la gestante a los derechos que le corresponderían sobre el nacido.

2. MODALIDADES DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

Una vez aclarado el concepto de la GS, es necesario hacer una breve referencia a las modalidades, a través de las cuales se puede llevar a cabo esta práctica⁶.

- *GS tradicional o parcial*: la gestante no solo se limita a la gestación, sino que también aporta sus propios óvulos para la concepción. Es decir, la gestante aporta su propio material genético, por lo que existe un vínculo de esta naturaleza entre la gestante y el embrión. La otra parte de la carga genética sería aportada por los comitentes o un donante.
- *GS gestacional o per se*: la gestante solo se limita a gestar el embrión sin aportar ningún tipo de carga genética a la concepción, de modo que no hay ninguna relación genética entre gestante y embrión. Es decir, los óvulos serán aportados por la comitente o un donante. De igual forma sucede con el espermatozoides, pudiendo este ser aportado por el comitente o un donante.

Dentro de esta última modalidad, debemos hacer referencia a las distintas posibilidades respecto a la aportación del material genético⁷:

- A) La primera de ellas, es que ambos comitentes aporten su propio material genético, es decir, los gametos del hombre y la mujer (este es el caso de las parejas heterosexuales).
- B) La segunda posibilidad es que la madre comitente (o intencional) aporte sus gametos y que el resto de la carga genética provenga de un donante.
- C) Que el padre comitente aporte sus gametos con el objeto de fecundar el óvulo aportado por un donante.
- D) Que ninguno de los comitentes aporte su material genético (los gametos), de modo que estos serán aportados por donantes. Por lo tanto, ninguno de los padres intencionales tendrá un vínculo genético con el embrión.

Como resultado de lo expuesto, los vínculos genéticos del recién nacido con los comitentes podrán ser diferentes, según resulte de los gametos aportados por cada uno de ellos.

Para finalizar, debemos señalar que la modalidad de GS más practicada en la actualidad es la gestacional⁸, ya que es la única que permite establecer un vínculo genético completo entre el futuro hijo y los comitentes, dotando a estos últimos de una mayor legitimidad como padres. La razón principal por la que se rechaza en mayor medida la gestación tradicional se debe a los diversos problemas que pueden surgir si la gestante aporta sus óvulos, ya que esto implicaría que existe un vínculo genético entre embrión y gestante, de modo que esta última, podría negarse⁹ a entregar el niño gestado e intentar mantener su situación como madre del recién

⁶ Página web sobre la GS: <https://www.reproduccionasistida.org/gestacion-subrogada/>.

⁷ VILAR GONZALEZ, S.: “Gestación por sustitución en España. Un estudio con apoyo en el Derecho comparado y especial referencia California (EEUU) y Portugal”. Universitat Jaume I, 2017, pp. 73-74. Disponible en <http://hdl.handle.net/10803/454675>.

⁸ LAMM, E: “Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres”, *op.cit.*, pp. 27-29.

⁹ IGAREDA, N. “La gestación por sustitución: una oportunidad para repensar la filiación y la reproducción humana”. Universitat de Barcelona, 2018. Rev. Bioética y Derecho, pp. 57-72. Disponible en: <https://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/20574/24133>

nacido (un caso que refleja esta situación es el conocido como Baby M¹⁰).

Por lo tanto, como expondremos en los siguientes apartados la tendencia en la práctica es que los Estados que permiten la GS, solo consientan la modalidad gestacional.

3. GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN EL DERECHO COMPARADO

La regulación de esta práctica se caracteriza por su heterogeneidad y disparidad, ya que cada país regula esta práctica atendiendo a su realidad social. A consecuencia de esto, analizaremos a rasgos generales la regulación de esta práctica en otros ordenamientos jurídicos¹¹, realizando la siguiente clasificación.

3.1 PROHIBICIÓN DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

En este apartado, nos encontramos con países que rechazan la validez de los contratos de GS, e incluso algunos, contemplan como delito o sanción administrativa la realización de estas prácticas, entre ellos se encuentran Francia, España, Alemania, Italia, Suiza, Bélgica, Holanda, entre otros. Cabe destacar los siguientes por su proximidad con España:

- FRANCIA

Este país, prohíbe¹² de forma expresa los contratos de gestación por sustitución, en este sentido, el art. 16-7 del Código Civil francés dispone lo siguiente “*es nulo de pleno derecho cualquier acuerdo relativo a la procreación o gestación por cuenta de otra persona*”¹³.

Reforzando esta idea, el art. 16-1 dispone que el cuerpo humano es inviolable, y que el mismo y sus elementos son indisponibles, además es necesario recalcar que estos preceptos mencionados tienen la consideración de normas de orden público a tenor de lo dispuesto en el art. 16-9.

Por otro lado, Francia también sanciona estas prácticas, en concreto, la sección cuarta de su Código Penal¹⁴ regula los delitos relativos a la filiación en los artículos 227-12 y 227-13¹⁵. El primer precepto castiga con un año de prisión y pena multa, a las personas que hayan actuado de intermediario entre los comitentes y la gestante (se prevé una agravación de la pena si se ha realizado de forma reiterada o con ánimo de lucro). En cuanto al segundo precepto, castiga con tres años de prisión y pena multa la “*sustitución voluntaria, la simulación y ocultación que cause un atentado al estado civil del niño*”, también dispone que la tentativa será castigada con las mismas penas¹⁶.

¹⁰ ROSA ADELA LEONSEGUI, G: “La maternidad portadora, sustituta, subrogada o de encargo”. Boletín de la Facultad de Derecho, nº7, 1994. pp. 326-328 Disponible en <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:BFD-1994-7-F4D6AC07&dsID=PDF>.

El caso Baby M se trata de una GS sucedida en Estados Unidos, donde la gestante se niega a entregar al bebé a los comitentes. Como la gestante había aportado sus gametos, existía un vínculo genético entre ambos. La solución al caso pasó por reconocer el derecho de los comitentes como padres de la criatura, no obstante, se permitió un derecho de visitas a la gestante.

¹¹ LAMM, E.: “Gestación por sustitución, realidad y derecho. Universitat de Barcelona, 2012, pp. 12-20. Disponible en https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/909_es.pdf.

¹² LAMM, E.: “Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres”, *op. cit.* pp. 118-121

¹³ Código Civil francés, versión actualizada febrero 2021. Disponible en: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070721/LEGISCTA000006136059/2021-02-14/#LEGISCTA000006136059 (última consulta 16/03/2021).

¹⁴ Código Penal francés, versión actualizada marzo 2021. Disponible en: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070719/LEGISCTA000006165320?etatTexte=VIGUEUR&etatTexte=VIGUEUR_DIFF#LEGISCTA000006165320.

¹⁵ LAMM, E.: “Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres”, *op. cit.* p. 119.

¹⁶ VILAR GONZALEZ, S: “Gestación por sustitución en España. Un estudio con apoyo en el Derecho comparado y especial referencia California (EEUU) y Portugal”, *op.cit.* pp. 110-112.

- ALEMANIA

Desde el punto de vista del derecho civil, Alemania rechaza la gestación por sustitución¹⁷ ya que el art. 1591 del Código Civil alemán dispone que se reconocerá como madre legal del niño a aquella que da a luz, es decir, vincula la filiación al parto¹⁸ (esta idea es la existente en los demás países que prohíben esta práctica). De modo que *a sensu contrario* no se podrá reconocer como madre del niño a la comitente puesto que no lo ha dado a luz. De esta forma, a efectos civiles no se podrá ejecutar la prestación principal de un contrato de gestación por sustitución, que no es otra, que la de renunciar a los derechos sobre el nacido en favor de otra persona.

Por otro lado, los artículos 1 y 2 de la *Ley 745/90, del 13 de diciembre de 1990 de Protección del Embrión*, sancionan con multa o pena de prisión de hasta 3 años a las personas que fecunden o transfieran un embrión a la gestante para los fines propios de la gestación por sustitución. Además, la *Ley alemana de Adopciones y de Prohibición en la Intermediación de la Gestación por Sustitución de 1976* castiga con las mismas penas a las personas que “*intermedien o publiciten cualquier servicio relacionado con esta práctica*”¹⁹. Es necesario recalcar que del tenor de los preceptos no se contempla sanciones para la gestante ni para los padres intencionales²⁰.

- ITALIA

Este estado, contempla una regulación similar a lo de los casos anteriores²¹, en primer lugar, establece en el párrafo 3 del art. 269 del CC italiano, una presunción de maternidad en favor de la madre gestante disponiendo lo siguiente “*La maternidad se demuestra comprobando la identidad de quién dice ser niño y del parto de la mujer, que se supone madre*”²². Además, el art. 231 de este código contempla la presunción de paternidad en favor del marido de la gestante siempre que haya concebido al hijo durante el matrimonio.

Por otro lado, es necesario mencionar que la GS está prohibida en Italia²³, ya que el art. 12.6 de la Ley n°40, de 19 de febrero de 2004 *sobre normas en materia de Procreación Medicamente Asistida* castiga con una “*pena de prisión de 3 meses a 2 años o multa a las personas que produzcan, anuncien o intermedien la gestación por sustitución, así como gametos o embriones*”, a diferencia de Alemania, Italia si sanciona tanto a los padres comitentes como a la madre gestante.

3.2 ADMISIÓN SOLO CUANDO ES GRATUITA Y BAJO CIERTOS REQUISITOS

En este apartado nos encontraremos a países como Canadá, Australia, Grecia, Reino Unido, Sudáfrica, entre otros²⁴. Se caracterizan por permitir la validez de los contratos de gestación por sustitución siempre y cuando tenga carácter gratuito, es decir, no puede mediar contraprestación a la gestante, salvo los gastos necesarios derivados del tratamiento de fertilidad y del embarazo.

¹⁷ VILAR GÓNZALEZ, S: “Gestación por sustitución en España. Un estudio con apoyo en el Derecho comparado y especial referencia California (EEUU) y Portugal”, *op. cit.* pp, 108-110.

¹⁸ El aforismo *Mater semper certa est* significa la madre siempre es conocida, y presupone que la madre legal es la persona que da a luz al recién nacido.

¹⁹ VILAR GONZALEZ, S: “Gestación por sustitución en España. Un estudio con apoyo en el Derecho comparado y especial referencia California (EEUU) y Portugal”, p 101.

²⁰ LAMM, E.: “Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres”, *op. cit* p, 125.

²¹ VILAR GÓNZALEZ, S: “Gestación por sustitución en España. Un estudio con apoyo en el Derecho comparado y especial referencia California (EEUU) y Portugal”. *op. cit.* pp, 111-112.

²² *The Cardozo electronic law bulletin*. Disponible en http://www.jus.unitn.it/cardozo/Obiter_Dictum/codciv/home.html.

²³ LAMM, E.: “Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres”, *op. cit* p, 127.

²⁴ LAMM, E: Gestación por sustitución, realidad y derecho, *op, cit*, pp 12-21.

Aparte de esto, algunos países exigen adicionalmente determinados requisitos, como pueden ser: el tipo de parejas que pueden acceder a esta práctica (parejas homosexuales, heterosexuales o únicamente aquellos que no puedan concebir un hijo por otros medios), una edad especial para la gestante, la necesidad de su aprobación por vía judicial, entre otros.

Por su proximidad con España, cabe hacer un mayor inciso a la regulación de Reino Unido y Grecia (este último será objeto de estudio en el apartado II.1.1.1).

- REINO UNIDO

Continuando con lo expuesto anteriormente, Reino Unido regula esta práctica²⁵ en la *Surrogacy Arrangements Act, de 18 de julio de 1985*, permitiendo la gestación por sustitución siempre y cuando no sea retribuida.

Para que sea efectiva la GS, se requiere la existencia de una resolución judicial (denominada *parental order*) que declare la filiación en favor de los padres comitentes, ya que la legislación de Reino Unido considera por defecto madre del niño a aquella que lo ha dado a luz, es decir sigue el aforismo *mater semper certa est*²⁶. Para que se produzca una resolución judicial a favor de los comitentes es necesario que se cumplan determinados requisitos²⁷ relativos a la edad, residencia, plazos y capacidad de las partes.

3.3 ADMISIÓN AMPLIA

En este apartado nos encontraremos a países que permiten la gestación por sustitución tanto gratuita como onerosa y que contemplan requisitos menos exigentes para su celebración que en los casos anteriores, entre ellos cabe destacar India, México (Sinaloa), Ucrania y Rusia²⁸.

²⁵ GÓMEZ GOMEZ, M: “La gestación subrogada: un análisis desde una perspectiva comparativa y del sistema español de Derecho internacional privado”, *Working Papers*; nº 01, 2020, pp, 10-11. Disponible en: <https://eprints.ucm.es/id/eprint/59095/>.

²⁶ Página web sobre la GS en Reino Unido: <https://babygest.com/es/reino-unido/>.

²⁷ LAMM, E.: “Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres”, *op.cit.* pp, 131 y ss.

²⁸ LAMM, E: “Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres”, *op.cit.*, pp, 170 y ss.

II. CUESTIONES DEL SUPUESTO DE HECHO

Después de habernos aproximado al concepto de la GS y al carácter internacional de esta práctica, nos dedicaremos en los sucesivos apartados a resolver las distintas cuestiones planteadas en el supuesto de hecho.

1. PRIMERA PREGUNTA

1.1 ¿ES VÁLIDO EL CONTRATO REALIZADO ENTRE AMBAS MUJERES?

1.1.1 REGULACIÓN DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN GRECIA

En Grecia, la GS es una práctica permitida por el ordenamiento jurídico siempre que sea altruista, gestacional y se cumplan determinados requisitos²⁹. Por lo tanto, en este punto, analizaremos las diversas condiciones que debe cumplir un contrato de GS para que sea válido y pueda desplegar efectos en ese país.

El país heleno regula esta materia³⁰ principalmente en la Ley 3089/2002 *sobre Asistencia Médica en la Reproducción Humana* y la Ley 3305/2005 *sobre Técnicas de Reproducción Humana asistida*. Estas normas supusieron la reforma de la sección de Derecho de familia del Código Civil griego (en adelante, CCG), concretamente se modificaron los art. 1455 a 1460. En este sentido, debemos destacar el art. 1458³¹ del CCG que regula la GS al disponer lo siguiente:

“La transferencia de un óvulo fertilizado a otra mujer y su embarazo deberá ser permitida por autorización judicial expedida antes de la transferencia, la cual será dada previo acuerdo escrito y sin beneficios económicos entre las personas que buscan tener un hijo y la mujer que concebirá, así como su marido si está casada. La autorización judicial será expedida seguida de un escrito presentado por la mujer que quiere tener un hijo en el que conste evidencia que demuestre no sólo que ella es medicamente incapaz de concebir un hijo, sino también que la gestante goza de buena salud y es capaz de concebir”.

Por lo tanto, del tenor literal de este artículo y siguiendo a E. LAMM, el contrato de gestación por sustitución solo será válido cuando sea autorizado judicialmente antes de la transferencia del material genético a la gestante, de modo que la GS no podrá ser realizada de forma privada por las partes. A su vez, los tribunales griegos solo autorizarán esta práctica cuando se reúnan los siguientes requisitos³²:

- Debe ser una práctica gestacional, es decir, la gestante no puede aportar sus óvulos.
- Las partes (gestante junto con el consentimiento de su marido, si lo hubiese y la comitente) deben presentar a los tribunales por escrito el acuerdo de gestación por sustitución.
- Debe ser una práctica altruista, no obstante, se permite el pago de aquellos gastos que supongan una pérdida de salarios a la gestante, y los que sean necesarios para llevar a cabo la gestación.
- La madre comitente no debe exceder de la edad de 50 años, tal y como dispone el art. 4.1 de la Ley griega 3305/2005.

²⁹ Página web acerca de la GS en Grecia: <https://www.bufetedeabogadosgrecia.es/proceso-de-madre-subrogada-en-grecia/#:~:text=El%2019.12.2002%2C%20el%20Parlamento,entre%20otras%20cosas%2C%20la%20maternidad.>

³⁰ LAMM, E: “Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres”, *op.cit.*, pp, 150-153.

³¹ Art. 1458 del Código Civil Griego: <https://www.lawspot.gr/nomikes-plirofories/nomothesia/astikos-kodikas/arthro-1458-astikos-kodikas.>

³² LAMM, E: “Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres”, *op.cit.*, pp, 151-153.

- La madre comitente debe demostrar que no puede llevar a cabo un embarazo por razones médicas (por ejemplo: infertilidad).
- La gestante debe probar al tribunal que posee buena salud (física y mentalmente) y es capaz de concebir.
- La gestante debe tener entre 25 y 45 años, haber tenido un hijo y no haberse sometido a más de dos cesáreas³³.
- Ser residente permanente o temporal en Grecia, como dispone el art. 17 de la Ley griega 4272/2014³⁴.

Por lo tanto, una vez cumplidos estos requisitos, especialmente la autorización judicial del contrato de GS, podemos considerar que este negocio jurídico es válido, por lo que podrá desplegar los efectos que le son propios.

En este sentido, debemos mencionar que el efecto principal de la decisión judicial será que cuando nazca el niño, los comitentes se convertirán inmediatamente en padres biológicos del mismo, es decir, el parto de la gestante provocará que la comitente se convierta en la madre legal del nacido automáticamente. *A sensu contrario*, la autorización judicial del acuerdo provocará que una vez que la gestante dé a luz, no será considerada la madre legal del recién nacido.

Reforzando esta idea, la legislación helena establece una presunción de maternidad³⁵ en favor de la comitente en los casos de inseminación artificial, al disponer en el art. 1464 del CCG lo siguiente: *“en los casos de inseminación artificial en los que hay una gestante, siempre que se cumplan las condiciones del art. 1458, se presume que la comitente que haya obtenido la autorización del tribunal es la madre del niño”*. Por lo tanto, la autorización judicial es el requisito esencial para la validez del contrato de GS, ya que únicamente de este modo podrá obtenerse la determinación de la filiación del recién nacido en favor de la madre comitente.

1.1.2 ANÁLISIS DEL CONTRATO ENTRE D^a LOLA y D^a ROCÍO

En este apartado, analizaremos la adecuación del contrato de D^a Lola y D^a Rocío con la legislación helena, ya que, de este modo, podremos verificar si el negocio jurídico es válido o, por el contrario, no es susceptible de producir efectos.

En primer lugar, debemos subrayar que nada se menciona en el supuesto de hecho sobre si las partes cumplen los requisitos necesarios para obtener una autorización judicial, es decir, respecto a la madre comitente (D^a Rocío) no ha quedado acreditado que sea incapaz para concebir y que tenga menos de 50 años. En este sentido, tampoco ha quedado acreditado que la gestante (D^a Lola) cumpla los requisitos médicos mencionados anteriormente, de modo que sin estos, nunca podrá darse la autorización judicial del acuerdo.

En segundo lugar y reforzando esta idea, debemos mencionar que de la lectura del supuesto de hecho no se hace referencia sobre si el contrato de GS ha sido autorizado judicialmente, siendo este, el requisito esencial para que la filiación quede determinada en favor de D^a. Rocío. En este sentido, también considero necesario mencionar que D^a. Rocío no debe inscribir al recién nacido como si fuese “su propio hijo”³⁶ sino que debe presentar ante el encargado del Registro Civil (en adelante, RC) el certificado de nacimiento y la copia de la resolución judicial que

³³Código de Conducta para la reproducción médica asistida 2017. Disponible en <https://www.e-nomothesia.gr/kat-ygeia/tekhnete-gonimopoiese/apophase-73-24-1-2017-fek-293b-7-2-2017.html>.

³⁴ Ley griega 4272/2014. Disponible en <https://www.e-nomothesia.gr/kat-ygeia/n-4272-2014.html>

³⁵ LAMM, E: “Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres”, *op.cit.*, p. 153.

³⁶ El hecho de presentar al recién nacido como su “propio hijo” en el RC sin aportar la resolución judicial podría dar lugar al delito de suposición de parto que será objeto de estudio en el apartado 3.1.

autoriza la GS³⁷.

Por otro lado, considero que si D^a Rocío ha conseguido satisfactoriamente regresar a España es porque cumplía todos los requisitos exigidos por la legislación helena, de modo que el contrato es válido y es susceptible de producir todos los efectos oportunos en el ordenamiento jurídico griego.

1.2 ¿TIENE ALGÚN RECONOCIMIENTO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL?

Para conocer sobre si el contrato de GS tiene algún reconocimiento en el ordenamiento jurídico español es necesario hacer referencia a lo que dispone la legislación española en esta materia.

1.2.1 LA PROHIBICIÓN DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN ESPAÑA

La GS es una práctica prohibida³⁸ en España, puesto que el art. 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo *sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*³⁹ (en adelante, LTRHA) dispone lo siguiente:

1. “Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero”.
2. “La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”.
3. “Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”.

Del tenor literal del artículo y siguiendo a E. LAMM⁴⁰ extraemos dos conclusiones: en primer lugar, debemos hacer referencia a la nulidad de pleno derecho de cualquier contrato de gestación por sustitución, ya sea gestacional, tradicional, altruista o comercial, es decir, el negocio jurídico es nulo, y, por lo tanto, no puede producir efectos en el ordenamiento jurídico español. A consecuencia de esto, las partes no podrán interponer ante los tribunales españoles una demanda con el objetivo de exigir el cumplimiento del contrato, ya que este no es susceptible de producir los efectos pretendidos por las partes.

En segundo lugar, debemos destacar el aforismo *mater semper certa est*⁴¹ derivado del art. 10.2 (LTRHA) que supone que para el ordenamiento jurídico español la madre del niño es aquella que lo ha gestado y lo ha dado a luz, es decir, la legislación española atribuye la condición de madre a la persona que ha parido al recién nacido.

En tercer lugar, pese a que el contrato de GS sea nulo, siempre se permitirá al padre biológico solicitar que se reconozca su condición de padre, es decir, cuando el comitente varón ha aportado su material genético podrá solicitar judicialmente que sea considerado a todos los

³⁷ LAMM. E.: “Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres”, *op. cit.* pp, 152-154.

³⁸ CALVO CARAVACA, A.L: “Gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. Universidad Carlos III de Madrid. Disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/2780> pp 54-60.

³⁹Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-9292>.

⁴⁰ LAMM. E.: “Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres”, *op.cit.* pp, 71-74.

⁴¹ LAMM.E: “Una vez más sobre gestación por sustitución, porque sin marco legal se siguen sumando violaciones a derechos humanos”, Universitat de Barcelona, pp, 62-63 Disponible en <https://revistas.usal.es/index.php/ais/article/view/14368/15395>.

efectos el padre legal del niño.

1.2.2 LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN SEGÚN EL CÓDIGO CIVIL

Abordando la materia desde la perspectiva del Derecho Civil⁴², debemos mencionar que la regulación de la GS desde este punto de vista sigue la línea de lo expuesto anteriormente. De esta forma, una gran parte de la doctrina civilista considera que los contratos de GS son nulos de pleno derecho por distintas razones.

En primer lugar, debido a la ilicitud de la prestación principal del negocio jurídico, ya que el objeto del contrato recae sobre el cuerpo humano, concluyendo que este es indisponible, intransferible y una *res extra commercium*, y, por lo tanto, contrario a lo dispuesto en el art. 1271 del CC⁴³. En segundo lugar, porque la causa sobre la que se constituye el contrato va en contra de las leyes, moral y orden público, en este sentido, los art. 1275⁴⁴ y 1255⁴⁵ del CC sancionan con la nulidad de pleno derecho y, por lo tanto, con la incapacidad de producir efectos todos aquellos contratos que contravengan estos preceptos.

Como podemos observar, la postura del ordenamiento jurídico español respecto a la GS es la prohibición de estos acuerdos, de modo que cualquier contrato por el que se geste a un niño para entregárselo posteriormente a otra persona será nulo de pleno derecho. Es decir, la madre comitente una vez que la gestante haya dado a luz al niño no podrá exigirle la entrega del mismo, ni tampoco la gestante podrá interponer una demanda solicitando a la comitente que cumpla el contrato y se quede con el recién nacido.

1.2.3 EFECTOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL: RECONOCIMIENTO DE LA FILIACIÓN

A pesar de lo expuesto anteriormente, debemos mencionar que existen determinados efectos que se reconocen de la GS cuando haya sido llevada a cabo en el extranjero⁴⁶. Aunque el negocio jurídico es nulo en España, el ordenamiento jurídico permite el reconocimiento y la inscripción en el Registro Civil español de la filiación que ha sido determinada por las autoridades extranjeras (esta cuestión será objeto de un estudio más detallado en el punto 2.1). De esta manera, no se reconoce los efectos del contrato de GS sino la eficacia de las decisiones dictadas por las autoridades extranjeras⁴⁷.

Por lo tanto, pese a que el contrato es absolutamente nulo en España, de algún modo se están reconociendo sus “efectos esenciales”, que no son otros que permitir a la comitente ser la madre legal del recién nacido.

En este sentido, debemos hacer referencia a la Instrucción de la Dirección General de los

⁴² VILAR GONZALEZ, S: “Gestación por sustitución en España. Un estudio con apoyo en el Derecho comparado y especial referencia California (EEUU) y Portugal”, *op. cit.* pp, 207 y ss.

⁴³ Art. 1271 CC: “Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras”.

⁴⁴ Art 1275 CC: “Los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral”.

⁴⁵ Art. 1255 CC “Los contratantes pueden establecer los pactos que estimen por conveniente siempre que no sean contrarios a la ley, moral u orden público”.

⁴⁶ ALVAREZ RODRIGUEZ. A: “Tratamiento legal del contrato de gestación por sustitución en el Derecho Internacional Privado español a la luz de la STS de 6 de febrero de 2014. Dime niño, ¿de quién eres...?” Universidad de León. pp, 61 y ss. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4875741>.

⁴⁷ VILAR GONZALEZ, S: “Gestación por sustitución en España. Un estudio con apoyo en el Derecho comparado y especial referencia California (EEUU) y Portugal”, *op. cit.* p, 210.

Registros y del Notariado (en adelante, DGRN) de 5 de octubre de 2010⁴⁸ sobre *Régimen Registral de la Filiación de los Nacidos Mediante Gestación por Sustitución*⁴⁹ que determina que los encargados de los registros consulares deben proceder a la inscripción de estos menores, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 81⁵⁰ y ss del Decreto 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento del Registro Civil⁵¹ (en adelante, RRC).

La Instrucción de la DGRN dispone que para que la filiación del menor pueda ser inscrita en España en favor de la madre comitente, es necesario contar con la resolución judicial extranjera que autorice esta práctica, y posteriormente solicitar en el RC su inscripción. Por lo tanto, el contrato celebrado entre D^a Lola y D^a Rocío será y seguirá siendo nulo en España, únicamente, se reconocen los efectos de una decisión judicial extranjera a los efectos de determinar la filiación del recién nacido.

Para finalizar, debemos mencionar que como veremos en el siguiente punto, el hecho de reconocer la inscripción en nuestro país es una cuestión controvertida en la doctrina, lo que provocará una dicotomía entre el criterio sostenido por el Tribunal Supremo (en adelante, TS) y la DGRN.

1.3 ¿PODRÍAN LOS HECHOS EXPUESTOS EN ESTE SUPUESTO LLEGAR A SER CONSIDERADOS FRAUDE DE LEY?

En este apartado analizaremos si los hechos expuestos en el caso pueden llegar a ser considerados fraude de ley⁵², no obstante, debido a que la existencia del fraude podría suponer la denegación de la inscripción del menor en el RC español, también analizaremos las distintas posturas sostenidas por la DGRN y el TS en torno a la viabilidad de la inscripción.

1.3.1 CONCEPTO DE FRAUDE DE LEY

El fraude de ley⁵³ es definido por DE CASTRO como “*la realización de uno o varios actos que originan un resultado prohibido por una norma jurídica y a los que se ampara en otra con una finalidad distinta*”. Es decir, consiste en realizar un acto o negocio jurídico bajo el amparo de una norma, con la intención de lograr un resultado distinto al que la norma dispone y de evadir la aplicación de otras disposiciones que prohíben la realización tales actos o negocios jurídicos.

En este sentido, el art. 6.4 del CC regula el fraude de ley al disponer lo siguiente: “*Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no*

⁴⁸ Instrucción 5 de octubre de 2010 DGRN. Disponible en: https://www.mjusticia.gob.es/en/Ciudadano/EstadoCivil/Documents/1292338996904_Instruccion_de_5_de_octubre_de_2010.PDF.

⁴⁹ LAMM. E.: “Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres”, *op.cit* pp 84 y ss.

⁵⁰ Art. 81 RRC: “*El documento auténtico, sea original o testimonio, sea judicial, administrativo o notarial, es título para inscribir el hecho de que da fe. También lo es el documento auténtico extranjero, con fuerza en España con arreglo a las leyes o a los Tratados internacionales*”.

⁵¹ Decreto 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento del Registro Civil. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1958-18486>.

⁵² ÁVILA HÉRNANDEZ, J: “La maternidad subrogada en el derecho comparado”, *Cadernos de Derecho Actual*, Universidad de las Palmas de Gran Canaria, 2017, pp 321 y ss. Disponible en <http://www.cadernosdederechoactual.es/ojs/index.php/cadernos/article/view/101>.

⁵³(DE CASTRO Y BRAVO, F: “Derecho Civil de España”, Madrid, 1949, p 544) Citado en PASTOR RIDRUEJO, J.A: “El fraude de la ley en Derecho interregional español”. Disponible en <https://www.jstor.org/stable/44294012?seq=1>.

impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir". Por lo tanto, son requisitos⁵⁴ necesarios para la existencia de fraude de ley:

- Una ley de cobertura sobre la que amparar intencionalmente la realización de determinados actos jurídicos, no obstante, la finalidad de la norma es distinta a la realización de esos actos.
- Una ley defraudada que prohíba la realización de tales actos y a la que se pretende sortear (esquivar) para evitar su aplicación.

El efecto principal del fraude de ley será la aplicación de la norma que se ha tratado de eludir, es decir, la ley defraudada desplegará sus efectos y le será aplicable a tales actos. En el caso, de que la ley defraudada fuese una norma imperativa o prohibitiva el acto realizado será nulo de pleno derecho, a tenor de lo dispuesto en el art. 6.3⁵⁵ del CC.

El fraude de ley, también sucede cuando se utiliza una norma extranjera para evitar la aplicación de la ley española. Para resolver estas situaciones el art. 12.4 del CC dispone lo siguiente: "*Se considerará como fraude de ley la utilización de una norma de conflicto con el fin de eludir una ley imperativa española*". Por lo tanto, el fraude de ley es igualmente aplicable cuando se utiliza las normas extranjeras como una cobertura.

En este supuesto de hecho podemos observar como las partes del contrato (D^a Rocío y D^a Lola) han acudido a Grecia porque su legislación permite la GS, evitando de esta forma la aplicación de la ley imperativa española (art. 10 LTRHA) que prohíbe la realización de estos contratos. Es decir, las partes han acudido a un país con un ordenamiento jurídico más favorable para la realización de sus intereses.

Para dilucidar si ha existido fraude de ley, debemos mencionar que esta cuestión es controvertida en la doctrina y brilla por su falta de consenso. Como expondremos en los siguientes apartados, veremos que la DGRN rechaza la existencia de un fraude de ley y permite la inscripción de estos menores en el RC, mientras que la jurisprudencia y un sector doctrinal no descartan la existencia del fraude.

1.3.2 EL FRAUDE DE LEY EN LA GS SEGÚN LA DRGN: LA RESOLUCIÓN 18 DE FEBRERO DE 2009

En este punto, expondremos el criterio sostenido por la DGRN respecto al fraude de ley, para ello, analizaremos la Resolución 18 de febrero de 2009⁵⁶. Esta decisión tiene su razón de ser en la negativa del encargado del Registro Consular de Los Ángeles (California, Estados Unidos) a practicar la inscripción de dos menores nacidos a través de GS, por parte de los padres comitente, quienes eran ambos varones.

La razón por la que el encargado no procedió a la inscripción, se debe a que el contrato realizado es nulo conforme a la ley española (art. 10 LTRHA), de modo que no se cumplen dos

⁵⁴ O'CALLAGHAN, X: "Compendio de Derecho Civil. Tomo 1 (parte general)". Disponible en [Fraude de ley - Lección 4ª - Compendio de Derecho Civil. Tomo 1 \(parte general\) - Compendio de Derecho Civil - Libros y Revistas - VLEX 214603](#).

⁵⁵ Art. 6.3 CC "*Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención*".

⁵⁶ Resolución DGRN 18 de febrero de 2009 (RJ 2009/1735).

de los requisitos establecidos en el art. 23 de la Ley de Registro Civil⁵⁷ de 1957 para proceder a la inscripción: el de conformidad con la ley española y la realidad del hecho inscrito⁵⁸.

Debido a esta negativa, los padres comitentes de los menores recurrieron la decisión ante la DGRN, quién finalmente acabo permitiendo la inscripción, bajo los siguientes argumentos⁵⁹:

- En primer lugar, la DGRN considera que no debe aplicarse el derecho sustantivo español, es decir, no cabe aplicar el art. 10 LTRHA, sino que deben aplicarse las normas relativas a la eficacia y reconocimiento extraterritorial de decisiones extranjeras. Por lo tanto, se parte de la premisa de que los niños nacidos a raíz de la GS ya tienen una filiación que ha sido determinada por las autoridades californianas, de modo, que el encargado del registro solo debe limitarse a aplicar las normas enfocadas a reconocer una decisión extranjera caracterizadas por establecer un control formal, no material. En este sentido, la DGRN considera que la norma aplicable es el art. 81⁶⁰ del Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento del Registro Civil (en adelante, RRC).
- En segundo lugar, la resolución considera que no se vulnera el orden público internacional español ya que en España se permite la inscripción de un menor a favor de una pareja de mujeres, y no permitir la provocaría una vulneración del derecho a la igualdad y prohibición de la discriminación (art. 14 CE).
- En tercer lugar, el interés superior del menor manifestado en el derecho a disponer de una identidad única, es decir, cualquier recién nacido tiene derecho a tener una filiación que sea única en todos los países. De esta forma, se evitan situaciones perjudiciales para el menor ya que no es posible que en California los padres sean los comitentes y en España la madre gestante (art. 10.2 LTRHA).
- En tercer lugar, la resolución hace referencia a que no observa que se incurriendo en un fraude de ley, ya que el Fundamento Jurídico 6º (en adelante, FJ) dispone lo siguiente: *“Los interesados no han utilizado una “norma de conflicto” ni tampoco cualquier otra norma con el fin de eludir una ley imperativa española.”* La razón de esta apreciación se debe a que la resolución considera *“que no se ha alterado el punto de conexión de la norma de conflicto española”*, es decir, no se ha realizado ningún cambio en los elementos que determinan el derecho aplicable, como si sería, cambiar artificialmente la nacionalidad de los hijos para forzar la aplicación exclusiva de la ley californiana.

A raíz de esto último, podemos observar como la DGRN considera que no se incurre en un fraude de ley al llevar a cabo una GS en el extranjero. Posteriormente, esta línea será seguida con matices por la Instrucción 4 de febrero de 2010, ya que esta se postula a favor de permitir

⁵⁷ Ley de 8 de junio de 1957 sobre el Registro Civil, disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1957-7537>.

⁵⁸ Art 23 LRC 1947: 1. *“Las inscripciones se practican en virtud de documento auténtico o, en los casos señalados en la Ley, por declaración en la forma que ella prescribe”*. 2. *“También podrán practicarse, sin necesidad de previo expediente, por certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros, siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española.”*

⁵⁹ LAMM. E.: *“Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres”*. *op.cit.* pp. 78 y ss.

⁶⁰ Art. 81 RRC: *“El documento auténtico, sea original o testimonio, sea judicial, administrativo o notarial, es título para inscribir el hecho de que da fe. También lo es el documento auténtico extranjero, con fuerza en España con arreglo a las leyes o a los Tratados internacionales”*

la inscripción de estos menores en España, bajo ciertos requisitos (analizaremos la instrucción en el punto 2.1).

Pese a todo lo expuesto, en el siguiente apartado veremos la postura mantenida por el poder judicial en este caso, quien no descarta la vulneración del orden público internacional español y la existencia de fraude de ley.

1.3.3 EL FRAUDE DE LEY EN LA GS SEGÚN LA JURISPRUDENCIA

A) SENTENCIA DEL JUZGADO DE VALENCIA 193/2010

Como hemos visto en el caso anterior, la DGRN permitió la inscripción a través de la citada resolución, no obstante, el Ministerio Fiscal (en adelante, MF) en su función de promotor de la legalidad, impugnó judicialmente resolución solicitando la anulación por considerarla contraria a derecho⁶¹. Posteriormente, la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Valencia de 15 de septiembre de 2010⁶² anuló dicha resolución basándose principalmente en los siguientes argumentos:

- El Juzgado considera que para practicar las inscripciones es necesario una adecuación del hecho inscrito con la legalidad española. Es decir, debe observarse si el hecho sería legal de haberse producido en España, por lo tanto, es necesario realizar un control material (de fondo) de aquello que se pretende inscribir. Esta idea supondría aplicar el art. 10 LTRH provocando la nulidad del contrato y considerando como madre legal del niño a la gestante.
- En este sentido, el FJ 3º expresa que la norma utilizada por la DGRN para permitir la inscripción (art. 81 RRC) es una norma inferior y que desarrolla otra superior como es el art. 23 de la Ley de RC de 1957, por lo que no se excluye la realización de un control de adecuación del hecho con las normas españolas. Por lo tanto, no debe practicarse la inscripción ya que se vulneraría el ordenamiento jurídico español.
- La sentencia también realiza dos consideraciones, en primer lugar, respecto al interés superior del menor, entiende que, si bien los menores tienen derecho a una identidad única y a una especial consideración, esos objetivos no pueden conseguirse vulnerando el ordenamiento jurídico. En segundo lugar, considera que no se produce una discriminación a causa de que los comitentes sean una pareja de hombres ya que el Juzgado entiende que la inscripción no debe practicarse debido a que la GS es una práctica nula de pleno derecho en el ordenamiento jurídico español (FJ 4º).
- Finalmente, en el FJ 4º el juzgado no hace referencia expresa al término fraude de ley, pero dispone lo siguiente respecto a la conducta de los comitentes: *“la única justificación posible a su acción es clara son conocedores que en España la gestación por sustitución está prohibida y que de producirse el alumbramiento en este país no podrían inscribir a los nacidos como hijos naturales de ambos, es por ello y no por otra razón por la que acuden a California”*

Por lo tanto, el juzgado considera que los comitentes solo acuden al extranjero para sortear la

⁶¹ÁLVAREZ QUINTANA, T: “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de ley y el correctivo del orden público internacional”. Universidad de León, pp 9 y ss. Disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/2259/1198>.

⁶² Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Valencia nº193/2010 [nº rec. 188/2010].

aplicación de las leyes españolas que prohíben la GS, sin embargo, no alude directamente al término fraude de ley. Posteriormente los comitentes apelarán esta sentencia, dando lugar a la resolución que mencionamos a continuación.

B) SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE VALENCIA 826/2011

La Sentencia de la Audiencia Provincial⁶³ (en adelante, AP) sigue la misma línea que lo dispuesto por el Juzgado de Primera Instancia, añadiendo dos consideraciones⁶⁴. En primer lugar, considera que no hay fraude de ley en el sentido del art. 12.4 CC ya que los recurrentes no “*habían utilizado una norma de conflicto para eludir la ley imperativa española*”, sin embargo, añade que los comitentes se dirigieron a California con el objetivo de sortear el ordenamiento jurídico español, celebrando en el país americano un contrato de GS y dejando la determinación de la filiación en manos de las autoridades californianas (FJ 3º).

En segundo lugar, la resolución considera que las personas son *res extra commercium*, no pudiendo ser objeto de transacción, de modo que la celebración de estos contratos vulnera el orden público internacional español (FJ 2º). En este sentido, la Audiencia Provincial atribuye la condición de norma policía al art. 10 LTRHA, entendida según lo dispuesto en el art. 9⁶⁵ del Reglamento N°593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2009 sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales⁶⁶ (Roma I).

Es decir, considera que el art. 10 LTRHA es una norma esencial para la protección del interés público y la organización política, social y económica. Por lo tanto, se confirma la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Valencia y no procede la inscripción de los menores. Posteriormente, esta resolución fue recurrida en casación ante el Tribunal Supremo (en adelante, TS) dando lugar a la sentencia que exponemos a continuación.

C) SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 835/2013

Esta resolución de 6 de febrero de 2014⁶⁷ se mantiene en la misma línea que la sostenida por el Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial, es decir, considera que el orden público internacional español es un límite al reconocimiento de decisiones dictadas por las autoridades extranjeras, de modo, que el encargado del registro debe ejercer un control de fondo acerca del hecho inscrito, averiguando si hay una adecuación con las normas, principios y valores que integran el ordenamiento jurídico (FJ 3º apartado 3).

En este sentido, el TS considera que el art. 10 LTRHA forma parte del orden público internacional español (FJ 3º apartado 7) debido a su vinculación con otros derechos constitucionales, cabe destacar los siguientes: derecho a la integridad física y moral (art. 15

⁶³ Sentencia AP de Valencia de 23 de noviembre de 2011 [nº rec. 949/2011].

⁶⁴ ÁLVAREZ QUINTANA, T: “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de ley y el correctivo del orden público internacional”. Universidad de León, *op. cit.* pp, 9 y ss. Disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/2259/1198>.

⁶⁵ El art. 9.1 del Reglamento nº593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, dispone lo siguiente: “*Una ley de policía es una disposición cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese la ley aplicable al contrato según el presente Reglamento*”

⁶⁶ Reglamento nº593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2009. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/homepage.html?locale=es>

⁶⁷ Sentencia del TS de 6 de febrero de 2014 nº835/2013 [nº rec. 245/2012][ES:APV:2011:5738].

CE), respeto a la dignidad (art. 10.1 CE), derecho a la protección de la familia e integral de los hijos (art. 39 CE), de modo que la realización de esta práctica vulnera el orden público internacional español.

En esta línea, el TS afirma en el FJ 3º apartado 6, que la realización de estas prácticas vulnera “*la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizando la gestación y la filiación, cosificando a la mujer gestante y al niño*”, de modo que el reconocimiento de los efectos de la filiación en España, vulneran las normas, valores y principios esenciales del ordenamiento jurídico.

Por otro lado, es necesario mencionar que respecto al fraude de ley⁶⁸, el TS no utiliza esas palabras, sin embargo, considera que los comitentes al ser ambos españoles y residentes en este país han acudido al extranjero (California, Estados Unidos) con la única intención de realizar un contrato de GS. En este sentido, los magistrados del TS consideran que los recurrentes han “*huido*” de las normas españolas que prohíben la GS, y que la relación (conexión) de estos con el estado norteamericano es puramente artificial.

En consonancia con lo expuesto en el párrafo anterior, esta idea del fraude de ley en la GS es compartida⁶⁹ por muchos civilistas: C. LASARTE ÁLVAREZ, E. FARNOS AMORÓS, A.J VELA, entre otros.

Desde mi punto de vista, considero que los hechos expuestos en el caso podrían llegar a ser considerados en fraude de ley desde un punto de vista teórico ya que los vínculos de Dª Rocío y Dª Lola con Grecia son inexistentes, lo que me lleva a pensar que han acudido al país heleno con el único objeto de evitar la aplicación de la ley española que prohíbe la GS. Sin embargo, creo que desde un punto de vista práctico la razón principal por la que cabe denegar la inscripción es la posible vulneración del orden público internacional español, ya que esta práctica atenta directamente contra la legalidad de nuestro ordenamiento jurídico.

1.4 ¿EXISTE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL POR PARTE DE Dª LOLA TAL Y COMO SOSTIENE Dª ROCÍO?

Como ya hemos mencionado en los apartados 1.2.1 y 1.2.2, el ordenamiento jurídico español sanciona con la nulidad absoluta o de pleno derecho los contratos de GS (art. 10 LTRHA⁷⁰ y art.6.3⁷¹ del CC), de modo, que para saber si ha existido incumplimiento por parte Dª Lola, primero debemos saber cuáles son los efectos de la nulidad, con el fin de conocer si este negocio jurídico es susceptible o no de ser cumplido.

1.4.1 EFECTOS DE LA NULIDAD ABSOLUTA O DE PLENO DERECHO

La nulidad absoluta o de pleno derecho supone que el negocio jurídico es inválido desde su nacimiento (*ab initio*) y, por lo tanto, no puede desarrollar legalmente ninguno de los efectos

⁶⁸ GÓMEZ GÓMEZ, M: “La gestación subrogada: un análisis desde una perspectiva comparativa y del sistema español de Derecho Internacional Privado”. Universidad Complutense de Madrid, *op. cit.* pp 11 y ss.

⁶⁹CALVO CARAVACA, A. L: “Gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. Universidad Carlos III de Madrid, pp 54-60. Disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/2780>.

⁷⁰ Art. 10.1 LTRHA: “*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*”.

⁷¹ Art. 6.3 del CC: “*Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención*”.

pretendidos por las partes (*quod nullum est nullum effectum producit*⁷²) ya que su existencia es objeto de rechazo por el ordenamiento jurídico⁷³. En esta línea y siguiendo al profesor DIEZ-PICAZO⁷⁴ debemos mencionar un contrato nulo de pleno derecho provoca los siguientes efectos:

- El negocio jurídico nulo es inexigible, lo que implica que las partes no pueden solicitarse el cumplimiento del contrato y, en el caso de hacerlo, los contratantes pueden excepcionar a la acción de cumplimiento alegando la nulidad. Además, en determinados casos los jueces pueden decretar la nulidad de oficio, como por ejemplo cuando “*el negocio jurídico contenga pactos o cláusulas que manifiestamente sean ilegales, contrarias a la moral, al orden público o constitutivas de delito*” (FJ 1º de la Sentencia TS 145/2004⁷⁵ de 28 de febrero).
- Una vez que el negocio jurídico se declara nulo los efectos socialmente producidos deben desaparecer como si el contrato nunca hubiera existido. De esta forma, las partes tienen un deber de restituir las cosas al estado que tenían antes de celebrarse el negocio.⁷⁶ Por regla general, se debe restituir aquello que se ha entregado (art. 1303⁷⁷ CC) pero si no fuese posible se restituirá el equivalente pecuniario (art. 1307 CC⁷⁸)
- La nulidad tiene una eficacia propagadora, afectando a otros negocios que se hayan en situación de dependencia respecto al declarado nulo.
- Un negocio jurídico nulo no puede ser subsanado, confirmado o convalidado (art. 1310 CC) ya que ha sido nulo desde que se pretendió su celebración. La única solución es realizar un nuevo contrato que sea conforme a las exigencias del ordenamiento jurídico⁷⁹.

A consecuencia de todo lo expuesto, considero que no hay incumplimiento por parte de D^a Lola, ya que el negocio jurídico es inválido *ab initio*, de modo que no se ha generado ninguna obligación contractual entre las partes. En este sentido, considero que la demanda interpuesta por D^a Rocío a D^a Lola no prosperará, ya que tanto el juez que resuelva el caso como la comitente pueden invocar la nulidad del negocio jurídico, desestimando de este modo las pretensiones de D^a Rocío.

⁷² El aforismo *quod nullum est nullum effectum producit* significa que lo que es nulo no produce ningún efecto.

⁷³ LASARTE ALVAREZ, C: “Parte general y derecho de la persona” Universidad Nacional a Distancia, Tomo I, vigésimo segunda edición, 2016, Ed. Marcial Pons, pp, 390 y ss.

⁷⁴ DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L: “Anuario de derecho civil, eficacia e ineficacia del negocio jurídico”, estudios monográficos, pp 829 y ss. Disponible en https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-C-1961-40080900834.

⁷⁵ STS 145/2004, 28 de febrero de 2004 [nº rec. 1412/1998] [RJ 2004/1447].

⁷⁶ DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L: “Anuario de derecho civil, eficacia e ineficacia del negocio jurídico”, estudios monográficos, *op. cit.* pp, 829 y ss.

⁷⁷ Art. 1303 CC: “*Declara de la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes*”.

⁷⁸ Art. 1307 CC: “*Siempre que el obligado por la declaración de nulidad a la devolución de la cosa no pueda devolverla por haberse perdido, deberá restituir los frutos percibidos y el valor que tenía la cosa cuando se perdió, con los intereses desde la misma fecha*”.

⁷⁹ Página web sobre la nulidad contractual: <https://vlex.es/vid/nulidad-contrato-844409280>.

2. SEGUNDA PREGUNTA

2.1 ¿ES VÁLIDA LA INSCRIPCIÓN REGISTRAL DEL MENOR?

Para conocer si es válida la inscripción registral del menor, analizaremos lo dispuesto en la Instrucción 5 de octubre de 2010 de la DGRN, ya que es el instrumento que permite la inscripción en España de los nacidos a raíz de técnicas de GS⁸⁰.

2.1.1 LA INSTRUCCIÓN DE 5 DE OCTUBRE DE 2010

Esta norma, según lo dispuesto en su preámbulo, fija las directrices que deben seguir los encargados del RC en relación con las solicitudes de inscripción, por parte de los ciudadanos españoles respecto a los menores nacidos a raíz de técnicas de GS. Es decir, regula el modelo de actuación que deben seguir los encargados de los registros consulares sobre cómo proceder a la inscripción.

La Instrucción viene permitiendo la inscripción⁸¹ de estos menores en favor de los padres comitentes, siempre y cuando se den unos determinados requisitos que analizaremos en los siguientes apartados. El hecho de permitir la inscripción colisiona con el criterio sostenido por la jurisprudencia respecto a la GS (mencionado anteriormente en el punto 1.3.3) quien considera que esta práctica vulnera el orden público internacional español.

En este sentido, han surgido muchas dudas sobre si la Sentencia 6 de febrero de 2014 del TS ha dejado sin efecto esta Instrucción. Para resolver esta situación de incertidumbre, la DGRN emitió una Circular el 11 de julio de 2014 afirmando que la Instrucción sigue plenamente vigente⁸², de modo que los registradores deben proceder según lo dispuesto en este reglamento⁸³, permitiendo la inscripción registral de los menores nacidos a raíz de GS.

Es necesario mencionar que el TEDH ha considerado en la Sentencia de 26 de junio de 2014⁸⁴ que resolvió los asuntos *Menesson contra Francia* y *Labasse contra Francia* que no permitir la inscripción de estos menores vulnera el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁸⁵ (en adelante, CEDH) que garantiza el respeto a la vida privada y familiar. Por lo tanto, esta postura del TEDH fue esencial para que la DGRN se reafirmase en su intención de permitir la inscripción de estos menores⁸⁶.

Para finalizar, es necesario comentar que parte de la doctrina considera que esta Instrucción

⁸⁰ LAMM. E.: “Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres”, *op. cit.* pp, 78 y ss.

⁸¹ ÁVILA HÉRNANDEZ, J: “La maternidad subrogada en el derecho comparado” *Cadernos de Derecho Actual*, Universidad de las Palmas de Gran Canaria, 2017, pp 323 y ss. Disponible en <http://www.cadernosdedereitoactual.es/ojs/index.php/cadernos/article/view/101>.

⁸² GÓNZALEZ CARRASCO. C: “Gestación por sustitución ¿Regular o Prohibir?” *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, Universidad de Castilla La Mancha, p 120, Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6081240>.

⁸³ La Circular 11 de Julio de 2014 dispone lo siguiente: “*En el estado legislativo y jurisprudencial actual, la Instrucción de 5 de octubre de 2010 está plenamente vigente por lo que debe seguir siendo aplicada por los Registros Civiles españoles a fin de determinar la inscribibilidad del nacimiento y la filiación en los casos que entran en su ámbito de aplicación, sin que la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 6 de febrero constituya un obstáculo para ello*”. Disponible en <https://revistas.laley.es>

⁸⁴ Sentencia TEDH 26 de junio de 2014. Caso *Menesson contra Francia* (demanda nº 65192/11) y *Labasse contra Francia* (demanda nº65941/11).

⁸⁵ Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950. Disponible en https://www.echr.coe.int/documents/convention_spa.pdf.

⁸⁶ ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA, “Gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *op.cit.* pp, 53-54.

favorece el fraude de ley, el turismo reproductivo⁸⁷ e infringe el orden público internacional español. En esta línea, MORENO ROBLES concluye que este criterio de actuación contradice lo dispuesto en el RRC, al exigir únicamente sentencia judicial para que se pueda proceder a la inscripción, vulnerando de esta forma el sistema de fuentes previsto el ordenamiento jurídico⁸⁸.

2.1.2 FINALIDAD DE LA INSTRUCCIÓN

Como ya hemos mencionado en el apartado anterior, la citada Instrucción pretende dar respuesta al problema que plantea la inscripción de los menores nacidos en el extranjero a raíz de técnicas de GS. En este sentido, debemos mencionar que el hecho de permitir la inscripción se basa en la intención de la DGRN de proteger el interés superior del menor y los derechos de las mujeres gestantes⁸⁹.

A) EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

Este supone el fundamento esencial de la Instrucción ya que se busca “*dotar de plena protección jurídica el interés superior del menor*”. Para ello, se abordan los siguientes aspectos:

- En primer lugar, se determinan una serie de requisitos de obligado cumplimiento para que se pueda proceder a la inscripción en España, cuando uno de los padres sea nacional español. En este sentido y como expondremos en el siguiente punto, veremos que será necesario una resolución judicial del país en el que se ha celebrado la GS para que se pueda proceder a un reconocimiento en España.
- En segundo lugar, es necesario mencionar que la inscripción registral “*no permitirá que se dote de apariencia de legalidad supuestos de tráfico internacional de menores*”. Por lo tanto, el reconocimiento de la filiación no será un instrumento que favorezca o permita acciones ilícitas.
- En tercer lugar, se exige que no se “*vulnere el derecho del menor a conocer su origen biológico, tal y como dispone el 7.1, de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, el artículo 12 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, así como en Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1999*”

Bajo estos aspectos, se permite la inscripción en España⁹⁰ con el objetivo de que los menores puedan disfrutar de su derecho a una identidad única en todos los países, de forma que tengan los mismos padres en cualquier Estado. Sin olvidar que hay un sector doctrinal y jurisprudencia (mencionado en el punto 1.3.3) que consideran que el reconocimiento de la

⁸⁷ ÁVILA HÉRNANDEZ, J: “La maternidad subrogada en el derecho comparado” *Cadernos de Derecho Actual*, Universidad de las Palmas de Gran Canaria, 2017, pp 323 y ss. Disponible en <http://www.cadernosdedereitoactual.es/ojs/index.php/cadernos/article/view/101>.

⁸⁸ MORENO ROBLES.L: “Maternidad subrogada, un análisis a partir de la práctica registral y jurisprudencial”, Universidad de Granada, 2019, pp 27 y ss. Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/341610858_Maternidad_subrogada_en_Espana_un_analisis_a_partir_de_la_practica_registral_y_jurisprudencial_Surrogacy_maternity_in_Spain_an_analysis_based_on_registry_and_jurisprudential_activity.

⁸⁹ LAMM. E.: “Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres”. *op. cit.* pp 78 y ss.

⁹⁰ GARIBO PEYRÓ, A. P: “El interés superior del menor en los supuestos de maternidad subrogada”, *Cuadernos de bioética*, Universidad de Valencia, 2017, pp. 245-259. <http://aebioetica.org/revistas/2017/28/93/245.pdf>

inscripción en España vulnera el orden público internacional, entendiendo que estas prácticas “mercantilizan” y “cosifican” a los menores.

B) LA PROTECCIÓN DE LAS MUJERES GESTANTES.

La Instrucción no solo pretende proteger jurídicamente a los menores, sino que su texto dispone lo siguiente: “*junto a los del menor, deben valorarse otros intereses presentes en los contratos de gestación por sustitución, especialmente la protección de las mujeres que se prestan a dicha técnica de reproducción, renunciando a sus derechos como madres.*” Es decir, esta norma pretende que la realización de estos contratos, no vulneren los derechos de las gestantes.

Para ello, la Instrucción viene a establecer la exigencia de resolución judicial como un requisito para garantizar lo siguiente:

- La capacidad de obrar y jurídica de la madre gestante, de forma que haya prestado un consentimiento que pueda considerarse válido y libre.
- La Directriz 1º punto 3, apartados *d)* y *e)* hace referencia a que en la resolución judicial extranjera se hayan respetado los derechos procesales de las partes, en especial el de la madre gestante, y que el consentimiento prestado sea irrevocable.

2.1.3 LA EXIGENCIA DE UNA RESOLUCIÓN JUDICIAL EXTRANJERA

Como ya hemos mencionado anteriormente, el requisito fundamental para realizar la inscripción en España, es presentar ante el encargado del registro una resolución judicial extranjera firme⁹¹, dictada por el tribunal competente del país en el que se haya determinado la filiación del nacido. Con este requisito se garantiza que el contenido y perfección del contrato de GS se ajuste a lo previsto en la legislación del país donde se lleve a cabo, y que además no se vulneren los intereses expuestos en los apartados anteriores.

En este sentido, debemos mencionar que el proceso de reconocimiento de la filiación en España, solo puede llevarse a cabo a través de una resolución judicial extranjera, no admitiendo ningún otro documento emanado por la autoridad extranjera. De esta forma, la Directriz 2º dispone lo siguiente: “*En ningún caso se admitirá como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación del nacido, una certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante.*”

Por lo tanto, solo a través de la sentencia que haya reconocido la filiación en favor de la madre comitente podrá practicarse la inscripción del menor en España. Cualquier otro documento, certificado o título expedido por las autoridades extranjeras no permitirá el reconocimiento de la filiación en España.

2.1.4 PROCEDIMIENTO PARA EL RECONOCIMIENTO DE LA RESOLUCIÓN JUDICIAL EXTRANJERA

Atendiendo al tipo de procedimiento⁹² en el que se dictó la resolución judicial extranjera,

⁹¹ LAMM. E.: “Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres”, op. cit. pp, 78 y ss.

⁹² ÁVILA HÉRNANDEZ, J: “La maternidad subrogada en el derecho comparado” *Cadernos de Derecho Actual*,

podemos establecer dos cauces para solicitar la inscripción del recién nacido⁹³:

En el primer caso, cuando la sentencia fuese dictada en un procedimiento de naturaleza contenciosa, se denegará su inscripción y se requerirá un previo reconocimiento *exequatur*, siguiendo los trámites del art. 954 y ss⁹⁴ de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁹⁵ (en adelante, LEC). Es decir, será necesario una previa homologación en España de la sentencia dictada en el extranjero, para poder llevar a cabo la inscripción.

En el segundo caso, cuando la resolución fuese dictada en un procedimiento análogo a uno de jurisdicción voluntaria en España, el encargado del registro realizará únicamente un control incidental antes de proceder a la inscripción, donde se constate lo dispuesto en la Directriz 1ª, apartado 3º:

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

Desde mi punto de vista, el cauce que debe seguir Dª Rocío para inscribir al niño es este último, ya que el procedimiento de GS cursado ante los tribunales griegos se caracteriza por la ausencia de contradicción entre las partes, en otras palabras, el juez únicamente se limita a comprobar los requisitos de la GS exigidos por la legislación helena y autorizar el acuerdo, de modo que no estamos ante un procedimiento de naturaleza contenciosa.

Para finalizar, debo mencionar que en el caso de que este cauce fuese infructuoso nada impide a la comitente acudir al primero, solicitando el reconocimiento del *exequatur* y practicando posteriormente la inscripción.

Universidad de las Palmas de Gran Canaria, 2017. pp 321 y ss. Disponible en <http://www.cadernosdedereitoactual.es/ojs/index.php/cadernos/article/view/101>.

⁹³ DÍAZ FRAILE. J.M: “La gestación por sustitución ante el registro civil español” Revista de Derecho Civil, 2019, pp 89 y ss. Disponible en <https://www.nreg.es>.

⁹⁴ Tras la promulgación de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil, este procedimiento se regula en los art.41 y ss.

⁹⁵ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323>

2.2 ¿A QUIÉN HA DE RECONOCER EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL COMO MADRE DEL MENOR?

En este punto, analizaremos a quién considera el ordenamiento jurídico español como madre de un niño, y a quién debería considerar una vez se haya producido la inscripción del menor en el RC.

2.2.1 ¿MATER SEMPER CERTA EST (ART.10.2 LTRH) O RECONOCIMIENTO DE DECISIONES JUDICIALES EXTRANJERAS?

Como ya hemos mencionado anteriormente, el derecho español considera madre legal del niño a aquella que lo ha dado a luz (art. 10.2 LTRH). Sin embargo, en este caso no resulta aplicable el derecho español⁹⁶ puesto que la filiación del menor ya ha sido determinada por los tribunales griegos, de modo que lo que debe hacerse en este caso, es reconocer una decisión judicial extranjera y no aplicar el derecho sustantivo español.

De esta forma, el ordenamiento jurídico español no debe aplicar el art. 10.2 LTRH a la filiación del menor (ya que este nos llevaría a pensar que la madre legal del niño es D^a Lola) sino que debe limitarse a decidir si la filiación ya determinada por tribunales griegos, puede ser objeto o no de reconocimiento en España. Esta tesis fue sostenida también por el TS en la Sentencia 6 de febrero de 2014 (FJ 3º, punto 2) que disponía que la técnica correcta era la de reconocimiento de decisiones judiciales extranjeras.

Por lo tanto, una vez que se haya superado el procedimiento de inscripción previsto en la Instrucción de la DGRN, el ordenamiento jurídico español debe reconocer como madre legal del menor a D^a Rocío. En este sentido el art.113 del CC dispone lo siguiente: *“La filiación se acredita por la inscripción en el Registro Civil, por el documento o sentencia que la determina legalmente, por la presunción de paternidad matrimonial y, a falta de los medios anteriores, por la posesión de estado. Para la admisión de pruebas distintas a la inscripción se estará a lo dispuesto en la Ley de Registro Civil”*.

Por lo tanto, una vez practicada la inscripción en el RC, la madre comitente (D^a Rocío) será reconocida como madre legal del recién nacido en España.

⁹⁶ DÍAZ FRAILE. J.M: “La gestación por sustitución ante el registro civil español” Revista de Derecho Civil, 2019, pp 89 y ss. Disponible en <https://www.nreg.es>

3. TERCERA PREGUNTA

3.1 ¿QUÉ CONSECUENCIAS PENALES, SI LAS HUBIERE PODRIAN LLEGAR A DERIVARSE DE LOS HECHOS DESCRITOS EN EL PÁRRAFO SEGUNDO DEL SUPUESTO?

En este apartado, analizaremos si la conducta llevada a cabo por D^a. Rocío y D^a. Lola en Grecia puede ser constitutiva de delito, y en caso afirmativo, nos centraremos en conocer los tipos penales que mejor encajan con los hechos expuestos en el caso. En primer lugar, debemos mencionar que nuestro ordenamiento penal no considera punible la realización de un contrato de gestación por sustitución⁹⁷, sino que solo castiga aquellas conductas que supongan un menoscabo o vulneración de la filiación.

Por lo tanto, estudiaremos aquellas conductas que pueden afectar a la filiación del menor, concretamente las siguientes:

- La inscripción registral del menor por parte de D^a Rocío.
- La entrega del menor por parte de D^a. Lola a D^a Rocío.

De esta forma, analizaremos si las conductas descritas anteriormente, pueden tener encaje en alguno de los tipos penales que prevé la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal⁹⁸ (en adelante, CP). En este sentido, haremos referencia al Capítulo II (art. 220 a 222), del Título XII que lleva por rúbrica “*Delitos contra las relaciones familiares*”, ya que en este apartado se regulan los tipos que más nos interesan: delitos de suposición de parto y entrega de menor a terceras personas (que serán objeto de estudio en los siguientes puntos).

3.1.1 DELITO RELATIVO A LA SUPOSICIÓN DE PARTO (ART. 220.1 CP)

El delito de suposición de parto, se encuentra regulado⁹⁹ de una forma muy laxa en el art. 220.1 del CP que dispone lo siguiente: “*La suposición de un parto será castigada con las penas de prisión de seis meses a dos años*”. Por lo tanto, ante la falta de una regulación más detallada sobre este delito, expondré en los siguientes apartados la concepción que tiene la doctrina y jurisprudencia sobre este tipo penal.

A) HECHO TÍPICO

- Tipo objetivo

La conducta sancionada por el precepto consiste en fingir o simular un alumbramiento inexistente, presentando a un menor como si fuese fruto del nacimiento por parte de quién no es su madre natural. La doctrina y jurisprudencia considera que no es necesario que se simule un embarazo o un parto, sino que lo relevante es que se realicen actos por los que se pretenda pasar a un nacido como si fuese un hijo biológico, en otras palabras, el tipo penal solo suscita interés de ser aplicado en aquellos casos en los que se exterioricen hechos tendentes a

⁹⁷HÉRNANDEZ RÓDRIGUEZ, A: “Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿Hacia una nueva regulación legal en España? Universidad Carlos III de Madrid, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2014, p, 152 Disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/2264>.

⁹⁸ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>.

⁹⁹ CARRASCO ANDRINO, M: “Protección penal de la filiación” *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Universidad de Alicante, 2010, pp 3 y ss. Disponible en <http://criminnet.ugr.es/recpc/12/recpc12-06.pdf>.

modificar la filiación del nacido¹⁰⁰.

En este sentido, se ha apreciado el delito de suposición de parto cuando se ha solicitado la inscripción en el RC de un nacido que intenta hacer pasar “la madre” como si fuese propio o cuando se ha dado a luz a un niño que ha fallecido y posteriormente se ha presentado otro como si fuese propio¹⁰¹.

- Tipo subjetivo

Respecto a la intención del autor¹⁰², la jurisprudencia y doctrina considera que este delito solo puede cometerse de forma dolosa, es decir, con la intención de alterar la filiación que ordinariamente le correspondería al menor. En este sentido, la Sentencia del TS de 6 de junio de 1980¹⁰³ dispone lo siguiente “*En cuanto a la culpabilidad o elemento psíquico delictivo, que el argente de acción, no solamente tenga conciencia y voluntad de la misma, sino que vaya acompañada del ánimo de modificar el estado civil del nacido*”.

B) BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

La doctrina mayoría entiende que el bien jurídico protegido de este tipo es la filiación surgida del nacimiento, es decir, el conjunto de relaciones jurídicas que adscriben al menor a una determinada familia. No obstante, hay autores como RODRÍGUEZ RAMOS¹⁰⁴ que consideran que el bien jurídico protegido en estos delitos son las normas relativas a la filiación, de modo que el tipo debe ser aplicado cuando se pretende eludir las normas que regulan esta materia.

Por otro lado, un sector doctrinal minoritario entiende que lo que se protege con este delito es el derecho del menor a conocer su propia identidad, entendido como un derecho subjetivo en estrecha relación con el derecho a la dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad.

C) SUJETO ACTIVO Y PASIVO

En cuanto al sujeto activo¹⁰⁵, un sector doctrinal considera que este tipo solo puede ser realizado por una mujer, ya que es un delito especial impropio. No obstante, como mencionamos anteriormente lo relevante para que se produzca este delito no es el parto, sino el hecho de intentar presentar a un recién nacido de otra persona, como si fuera un hijo propio. En este sentido, un sector doctrinal considera que este delito puede ser cometido por el marido de la mujer que intenta adscribir a un niño como si fuera suyo, y el facultativo que certifica un nacimiento que no se ha producido.

¹⁰⁰ SANZ-DIEZ DE ULZURRUN LLUCH, M: “La entrega de los menores eludiendo los procedimientos legales de adopción. Delito contra las relaciones familiares y detenciones ilegales. Sobre el llamado robo de bebés”, Universidad Rey Juan Carlos, pp 191 y ss. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4395463>.

¹⁰¹ CARRASCO ANDRINO, M: “Protección penal de la filiación” *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Universidad de Alicante, 2010, pp 4 y ss. Disponible en <http://criminnet.ugr.es/recpc/12/recpc12-06.pdf>.

¹⁰² Página web sobre el delito de suposición de parto: <https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/>.

¹⁰³ Sentencia del TS de 6 de junio de 1980 [RJ 1980/2512].

¹⁰⁴ (RODRÍGUEZ RAMOS, L Derecho penal. Parte Especial II, Madrid, 1997, pág. 69). Citado en CARRASCO ANDRINO, M: “Protección penal de la filiación” *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Universidad de Alicante, 2010, pp 4 y ss. Disponible en <http://criminnet.ugr.es/recpc/12/recpc12-06.pdf>.

¹⁰⁵ CARRASCO ANDRINO, M: “Protección penal de la filiación” *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Universidad de Alicante, 2010, pp 4 y ss. Disponible en <http://criminnet.ugr.es/recpc/12/recpc12-06.pdf>.

Por otro lado, antiguamente la jurisprudencia venía considerando que el delito únicamente podía ser cometido por una mujer (Sentencia TS de 28 de septiembre de 1963)¹⁰⁶, no obstante, empiezan a haber resoluciones que consideran cooperadores necesarios del delito al marido de la mujer, que pretende dotar de legitimidad a una falsa filiación (Sentencia TS 492/2007¹⁰⁷)¹⁰⁸.

En cuanto al sujeto pasivo, la doctrina mayoritaria entiende que el niño que se pretende presentar como biológico debe ser un recién nacido. No obstante, hay autores como MUÑOZ CONDE que consideran que no es necesario que el sujeto pasivo sea un recién nacido, ya que puede ser “*alguien mayor que no haya adquirido conciencia acerca de sus relaciones familiares*”¹⁰⁹.

D) ITER CRIMINIS

El delito de suposición de parto es considerado un delito de resultado, por lo que cabe admitir la tentativa, y el tipo se entenderá consumado cuando se consiga pasar a un recién nacido como si fuese un hijo biológico. En este sentido, se considera que no es necesaria la inscripción registral para que se produzca el delito, sino que basta la expedición del falso certificado de nacimiento (Sentencia del TS 6-6-1980)¹¹⁰.

E) PENALIDAD

El delito de suposición de parto se castiga con las penas de 6 meses a 2 años de prisión. En este sentido, el art. 220.4 prevé la aplicación facultativa de la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad al disponer lo siguiente: “*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*”.

Por lo tanto, junto a la pena de prisión podrá imponerse la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad durante un tiempo de 4 a 10 años.

F) CONCLUSIÓN

A consecuencia de todo lo expuesto, considero que D^a. Rocío solo podría ser sancionada por este delito si ha pretendido realizar la inscripción del niño sin la autorización judicial o simulando ser la madre legal del recién nacido, alterando o falsificando el certificado de nacimiento. No obstante, si ha solicitado el reconocimiento del niño aportando la resolución judicial que reconoce la filiación en su favor no sería de aplicación este delito, ya que en virtud de dicha documentación ostentaría (previo reconocimiento de la decisión judicial extranjera) la condición de madre legal del menor.

¹⁰⁶ Sentencia citada en CARRASCO ANDRINO, M: “Protección penal de la filiación” *op. cit.*, pp, 6 y ss

¹⁰⁷ Sentencia TS 492/2007, 7 de junio de 2007 [nº rec. 10967/2006].

¹⁰⁸ CARRASCO ANDRINO, M: “Protección penal de la filiación” *op. cit.*, pp, 6 y ss.

¹⁰⁹ (F. Muñoz Conde, Derecho Penal. Parte Especial, 18ª edición, Valencia, 2010, p. 315) Citado en SANZ-DIEZ DE ULZURRUN LLUCH, M: “La entrega de los menores eludiendo los procedimientos legales de adopción. Delito contra las relaciones familiares y detenciones ilegales. Sobre el llamado robo de bebés” *op. cit.* pp, 192 y ss. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4395463>.

¹¹⁰ CARRASCO ANDRINO, M: “Protección penal de la filiación” *op. cit.*, pp, 8 y ss

4.2 DELITO RELATIVO A LA OCULTACIÓN O ENTREGA DE HIJO (ART. 220.3)

El delito relativo a la ocultación o entrega de hijo se regula en el art. 220.2 del CP que dispone lo siguiente: “*La misma pena se impondrá al que ocultare o entregare a terceros un hijo para alterar o modificar su filiación*”. Al igual que en el caso anterior, el CP no ofrece una regulación detallada de lo que supone este delito, de modo que considero necesario ilustrar este tipo penal a través de la concepción de la doctrina y jurisprudencia.

A) HECHO TÍPICO

- Tipo objetivo

La conducta sancionada por el precepto es doble, en primer lugar, debemos referirnos a la ocultación de hijo, consistente en evitar que la familia biológica pueda llegar a conocer la existencia del menor. Es decir, el delito se materializa cuando el menor es privado del acceso a las relaciones familiares que por ley le corresponden. En este sentido, se ha apreciado el tipo cuando por ejemplo la madre ha ocultado al padre la existencia del hijo, y posteriormente ha pretendido la inscripción del menor en el RC haciendo constar el padre como sujeto desconocido (Sentencia TS 1509/1992)¹¹¹.

Por otro lado, el delito también se lleva a cabo cuando se entrega el menor a una familia que legalmente no le corresponde. Si mediase contraprestación en la entrega del hijo el delito aplicable sería el previsto en el art. 221 del CP.

- Tipo subjetivo

Respecto a la intención, debemos destacar que este delito solo puede cometerse con la intención de alterar o modificar la filiación del menor, tal y como dispone el art. 220.2 CP. Por lo tanto, el tipo no será aplicable cuando se deje al hijo “*temporalmente*” con unos familiares o con las personas debidamente autorizadas para su custodia¹¹².

B) BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Con la tipificación de este delito se pretende proteger la filiación del menor, así como la eficacia de las normas que regulan la filiación y la adopción. De esta forma, el bien jurídico protegido sería idéntico que el previsto para el delito de suposición de parto (mencionado anteriormente).¹¹³

C) SUJETO ACTIVO Y PASIVO

En cuanto al sujeto activo¹¹⁴, del tenor literal del precepto se desprende que la conducta consiste en entregar a terceros un “*hijo*”, por lo tanto, la doctrina mayoritaria en aras de protección del principio de legalidad considera que este delito solo puede ser cometido por los padres del menor, siendo especial propio. No obstante, la doctrina minoritaria y la jurisprudencia consideran que el delito puede ser cometido por personas que no sean los

¹¹¹ Sentencia TS nº 1509/1992 de 24 de junio [RJ 1992/5877].

¹¹² CARRASCO ANDRINO, M: “Protección penal de la filiación” *op. cit.*, pp, 6 y ss.

¹¹³ SANZ-DIEZ DE ULZURRUN LLUCH, M: “La entrega de los menores eludiendo los procedimientos legales de adopción. Delito contra las relaciones familiares y detenciones ilegales. Sobre el llamado robo de bebés” *op. cit.* pp, 193 y ss

¹¹⁴ CARRASCO ANDRINO, M: “Protección penal de la filiación” *op. cit.*, pp, 11 y ss.

padres.

En cuanto al sujeto pasivo, debemos destacar al menor que es objeto de ocultación o entrega. La doctrina considera que no es necesario que el tipo se realice con un recién nacido, sino que bastaría que el menor fuese incapaz o no tuviese consciencia de la filiación que le corresponde y sus relaciones familiares.

D) ITER CRIMINIS.

La doctrina mayoritaria¹¹⁵ considera que este delito es de mera actividad, de forma que para su consumación no es necesario que se llegue a alterar o modificar la filiación del hijo, sino lo relevante es que se produzcan actos de “ocultación” o “entrega” del menor con la finalidad de alterar la filiación.

E) PENALIDAD.

La penalidad de este delito es la misma que la prevista para el delito de suposición de parto, con la aplicación potestativa de la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad contemplada en el art. 220.4 del CP.

F) CONCLUSIÓN.

Considero que D^a Lola no ha incurrido en este delito siempre y cuando haya una resolución de los tribunales griegos que autorice la filiación en favor de la madre comitente. Por lo tanto, como suponemos que se ha procedido correctamente (ya que se ha practicado la inscripción en España) y que D^a. Rocío es la madre legal del niño, no cabe aplicar el tipo ya que D^a Lola ha entregado al menor de conformidad con lo expresado en una resolución judicial, de modo que ha sido la justicia la que ha determinado la filiación del menor.

¹¹⁵ CARRASCO ANDRINO, M: “Protección penal de la filiación” *op. cit.*, pp, 12 y ss.

4. CUARTA PREGUNTA

4.1 ¿TIENE DERECHO D^a ROCIO A LA PRESTACIÓN POR MATERNIDAD?

4.1.1 CONCEPTO Y REGULACIÓN DE LA PRESTACIÓN POR MATERNIDAD

La prestación por maternidad¹¹⁶, también llamada prestación por nacimiento y cuidado del menor, es el subsidio que reciben las trabajadoras para compensar la pérdida de ingresos que supone la suspensión del contrato de trabajo a causa del nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento familiar por tiempo superior a un año. Por lo tanto, podemos afirmar que el alumbramiento de un recién nacido, otorga el derecho a cesar temporalmente las obligaciones laborales y, en segundo lugar, el derecho a solicitar el subsidio para compensar el lucro cesante originado por no poder cumplir el contrato de trabajo.

En cuanto a la finalidad de la prestación, debemos mencionar que es doble ya que por un lado se procura la recuperación de la salud de la madre derivada del parto, y, por otro lado, se pretende que el recién nacido pueda beneficiarse de los cuidados derivados de la maternidad e integrarse plenamente en el núcleo familiar.

En cuanto a la suspensión del contrato de trabajo, este se regula en el art.45.1. d) del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*¹¹⁷ (en adelante, ET) al disponer que el nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento familiar superior a un año son causas para cesar temporalmente la actividad laboral. De esta forma, el art. 177 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Seguridad Social*¹¹⁸ (en adelante, LGSS) reconoce el derecho a la prestación por maternidad cuando se produzcan las situaciones mencionadas anteriormente y el cumplimiento de unos determinados requisitos: estar afiliado a la seguridad social, estar dado de alta en el momento de solicitar el descanso, y acreditar unos períodos mínimos de cotización (art. 165 LGSS).

4.1.2 LA PRESTACIÓN POR LA MATERNIDAD EN LA GS

Respecto a la prestación por maternidad en los casos de GS, debemos mencionar que es una materia “carente de regulación”¹¹⁹, ya que ni el estatuto ni la LGSS contemplan como situación protegida la GS. En este sentido, debemos subrayar que la única maternidad protegida es la biológica, entendida como aquella en la que se ha dado a luz, ya que el art. 48.4 del ET hace referencia al término “madre biológica” relacionándolo con los conceptos de parto y nacimiento como requisitos para solicitar la suspensión del contrato de trabajo. En esta línea, el art. 177 de la LGSS establece una remisión al art. 48.4 del ET para poder solicitar la prestación por maternidad.

De esta forma, y siguiendo a GORELLI HERNÁNDEZ¹²⁰ podemos concluir que la maternidad protegida es la biológica, entendida como aquella en la que la mujer ha dado a luz. En esta línea, se ha mantenido la jurisprudencia¹²¹ del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en

¹¹⁶ LLORENS ESPADA, J: “Nuevos retos de las prestaciones de la seguridad social por maternidad y paternidad”, Universidad de Navarra, 2017, pp 5 y ss. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6234947>.

¹¹⁷ Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11430>.

¹¹⁸ Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Seguridad Social*. Disponible <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11724>.

¹¹⁹ GORELLI HERNÁNDEZ, J “La prestación por maternidad en los casos de gestación por sustitución o maternidad subrogada”. Universidad de Huelva, Revista Doctrinal Aranzadi BIB 2017/10517.

¹²⁰ GORELLI HERNÁNDEZ, J “La prestación por maternidad en los casos de gestación por sustitución o maternidad subrogada”, *op. cit.*

¹²¹ Respecto a la jurisprudencia del TJUE en esta materia, debemos hacer referencia a la Sentencia de 18 de marzo

adelante TJUE) al entender que la Directiva 92/85¹²² otorga protección a la mujer que ha estado embarazada y haya dado a luz. Por lo tanto, el TJUE considera que las madres comitentes no son sujetos protegidos a efectos de la prestación por maternidad, ya que ni han estado embarazadas ni han dado a luz. De esta forma, el alto tribunal concluye que los estados miembros no tienen ninguna obligación de brindar a la comitente tal prestación.

No obstante, ello no impide que los gobiernos de cada país puedan establecer una legislación más favorable y regular una prestación por maternidad en favor de las madres comitentes¹²³. En nuestro ordenamiento jurídico, veremos en el siguiente apartado como a través de una interpretación jurisprudencial se ha venido concediendo la prestación por maternidad a los comitentes.

4.1.3 LA JURISPRUDENCIA SOBRE LA PRESTACIÓN POR MATERNIDAD EN LOS CASOS DE GS

El TS ha venido concediendo la prestación por maternidad en los GS y ha sentado doctrina en la materia a través de Sentencia de 25 de octubre de 2016¹²⁴ que vamos a analizar a continuación.

4.1.3.1 SENTENCIA TS DE 25 DE OCTUBRE DE 2016, nº537/2016

En esta resolución, el Alto Tribunal resuelve un recurso de casación para la unificación de la doctrina sobre el derecho a la prestación por maternidad de un padre comitente que ha acudido al extranjero (India) para celebrar un contrato de GS. Además, debemos mencionar que el padre ha aportado su material genético para la concepción de los recién nacido y figura como padre de las menores en el RC. Los principales argumentos esgrimidos por el TS para conceder la prestación por maternidad al comitente son los siguientes.

En primer lugar, el interés superior del menor (FJ 9º 2.a) como un principio que ha de tenerse en cuenta a la hora de decidir si los comitentes pueden gozar o no del derecho a la prestación por maternidad. En este sentido, el TS hace referencia al beneficio que supone para los menores que su padre pueda gozar de la protección de la Seguridad Social, ya que podrá dedicar más tiempo al cuidado de las menores y permitir que estos se integren mejor en el núcleo familiar. Además, el Alto Tribunal argumenta que la prestación por maternidad también se otorga en casos en los que no ha habido un alumbramiento como la adopción o el acogimiento, por lo que no se descarta una interpretación flexible del art. 177 de la LGSS.

En segundo lugar, el TS hace referencia al art. 2.2 del Real Decreto 295/2009¹²⁵, de 6 de marzo que dispone lo siguiente: "*Se considerarán jurídicamente equiparables a la adopción y al acogimiento preadoptivo, permanente o simple, aquellas instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras, cuya finalidad y efectos jurídicos sean*

de 2014 que resuelve los asuntos 363/12, *C.D contra S.T.*, y asunto *C-167/12, Z contra A.* En esta resolución, se declaró que los estados miembros de la UE no tienen la obligación de reconocer la prestación por maternidad en los casos de GS.

¹²² Directiva 92 / 85 del Consejo de 19 de octubre de 1992 *relativa a la aplicación de medidas para promover la mejoría de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia.* Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A31992L0085>.

¹²³ TOMÁS MATAIX, D: "La problemática derivada del reconocimiento de los efectos del contrato de gestación subrogada desde la perspectiva del derecho del trabajo y de la seguridad social", Universidad Carlos III de Madrid, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2019, p 354. Disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/4962/3441>.

¹²⁴ Sentencia TS de 25 de octubre de 2016, nº537/2016 [nº rec. 3818/2015].

¹²⁵ Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, *por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.* Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2009-4724>.

los previstos para la adopción y el acogimiento preadoptivo, permanente o simple, cuya duración no sea inferior a un año, cualquiera que sea su denominación” (FJ 9º 2.b). En este inciso, el Alto Tribunal interpreta este precepto como un listado abierto, de forma, que la GS puede entenderse de manera análoga a los casos de adopción y acogimiento. Por lo tanto, el Tribunal considera que si cabe conceder la prestación por maternidad al comitente.

En tercer lugar, el TS alude a que la nulidad del contrato de GS no excluye la situación de que el recién nacido debe ser insertado en el núcleo familiar, por lo tanto, la Seguridad Social debe brindar la protección oportuna a estos menores. De esta forma, los art.39.2¹²⁶ y 39.3 de la CE se pronuncian en favor de que los padres y los poderes públicos deben prestar asistencia y protección a los hijos, siendo estos iguales ante la ley (FJ 9º, 2.d)

A consecuencia de todo lo expuesto, el TS entiende que cabe conceder la prestación por maternidad al padre comitente. En este sentido, debemos mencionar que el Alto Tribunal confirmaría de nuevo este criterio en la Sentencia 16 de noviembre de 2016, nº5283/2016¹²⁷ que alude al caso de una pareja que acude a California a celebrar un contrato de GS, y tras la inscripción registral del menor pretenden solicitar sin éxito la prestación por maternidad, sin embargo, bajo los mismos argumentos que los esgrimidos para el caso anterior, el TS les concede el subsidio.

Para finalizar, debemos mencionar que, tras estas resoluciones el Instituto Nacional de la Seguridad Social ha adoptado el criterio sostenido por el TS, con el objetivo de conceder la prestación por maternidad a los comitentes que figuen como padres legales en el RC. De esta forma, la Consulta 29/2016¹²⁸ dispone en su respuesta lo siguiente: “*Esta entidad gestora asume la doctrina sentada en dichas sentencias por el Pleno de la Sala de lo Social del TS*”.

4.1.3.2 CASO PARTICULAR DE D^a ROCÍO

Tras lo expuesto anteriormente, considero que D^a Rocío podría solicitar la prestación por maternidad ya que existe una identidad de razón, entre este caso y los mencionados en el apartado anterior. No obstante, debemos subrayar que el derecho que ampara a Rocío para solicitar la prestación por maternidad proviene de una interpretación jurisprudencial y no del tenor literal de la ley.

En esta línea, se han mantenido ciertos autores como MERCADER UGUINA que sostienen que conceder la prestación por maternidad en los casos de GS es fruto de un exceso en la interpretación judicial, de forma que es necesaria una intervención legislativa en la materia para esclarecer si los comitentes deben ser o no beneficiarios de este subsidio.¹²⁹ En este sentido, debemos mencionar que la Consulta 29/2016 no es una norma jurídica, sino que es un “pseudoreglamento” que establece un criterio de actuación.

Por lo tanto, reitero que D^a Rocío podría solicitar la prestación por maternidad con éxito, sin embargo, considero que su derecho no se encuentra amparado de una forma clara por el

¹²⁶ CE, Art.39 “2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad. 3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda”.

¹²⁷ Sentencia del TS de 16 de noviembre de 2016, nº5283/2016, [ECLI:ES:TS:2016:5283].

¹²⁸ Consulta 29/2016 del Instituto Nacional de la Seguridad Social. Disponible en <http://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/fb6f7be5-03be-4410-ba97-c04405013b2a/Consulta+29-2016.pdf?MOD=AJPERES&CVID=>.

¹²⁹ MERCADER UGUINA, R, J: “La creación del Tribunal Supremo de la prestación por maternidad subrogada: A propósito de las SSTs de 25 de octubre de 2016 y de 16 de noviembre de 2016” Universidad Carlos III de Madrid, 2017, pp 446 y ss. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5865593>.

ordenamiento jurídico.

4.2 ¿TIENE DERECHO D^a LOLA A LA PRESTACIÓN POR MATERNIDAD?

Respecto a D^a Lola, debemos mencionar que es difícil conocer si tiene derecho a la prestación por maternidad, ya que por regla general los contratos de GS se realizan con ciudadanas extranjeras que no cumplen los requisitos exigidos por nuestro ordenamiento jurídico para solicitar la prestación por maternidad¹³⁰. No obstante, en este caso D^a Lola es ciudadana española, por lo que considero que, si cumple los requisitos exigidos de alta y filiación a la seguridad social, cotización y edad exigidos podrá solicitar la prestación por maternidad ya que se encuentra amparada legalmente según el art. 177 LGSS (mencionado anteriormente).

En este sentido, quiero subrayar que ni la jurisprudencia ni el ordenamiento jurídico han abordado o previsto un caso en el que la madre gestante haya solicitado la prestación por maternidad entrando en contradicción con la solicitada por la madre o padre comitente.

¹³⁰ GORELLI HERNÁNDEZ, J “La prestación por maternidad en los casos de gestación por sustitución o maternidad subrogada”. Universidad de Huelva, Revista Doctrinal Aranzadi BIB 2017/10517.

5. QUINTA PREGUNTA

5.1 ¿EXISTEN MOTIVOS QUE JUSTIFIQUEN UNA REGULACIÓN POSITIVA DE LA GESTACIÓN SUBROGADA EN ESPAÑA, AL ESTILO DE OTROS PAÍSES DE NUESTRO ENTORNO COMO POR EJEMPLO PORTUGAL O GRECIA?

Como ya hemos mencionado a lo largo de este trabajo, la GS es una práctica prohibida en España debido a las diversas implicaciones éticas que supone su realización (esta materia será objeto de estudio en el apartado XX), esta regulación no impide que existan determinadas razones sustanciales en pro de legalizar esta práctica, siendo destacables las mencionadas a continuación.

5.1.1 LA GS COMO UNA VÍA DE ACCESO A LA MATERNIDAD Y PATERNIDAD.

El principal argumento¹³¹ utilizado para defender la GS se basa en la posibilidad de permitir el acceso a la paternidad y maternidad de aquellas personas o parejas que son incapaces de concebir un hijo biológico, de forma que todos los ciudadanos puedan disfrutar del derecho a la reproducción y a formar una familia (art. 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos¹³²). En este sentido, las personas que pueden verse beneficiadas por la legalización de esta práctica son las siguientes¹³³:

- Mujeres con incapacidad para concebir debido a razones médicas (Por ejemplo: ausencia de útero, malformaciones uterinas, síndrome de Turner, entre otras).
- Hombres solteros y parejas homosexuales masculinas.

Como podemos observar, la GS ofrece una solución a aquellas personas que deseen ser padres pero que no puedan hacerlo por razones biológicas o médicas. De esta forma, la legalización de la GS favorecería la igualdad y no discriminación¹³⁴, ya que todos los individuos podrían acceder a aquellos derechos que solo pueden disfrutar las personas capaces de concebir, concretamente nos referimos al derecho a la reproducción que será objeto de estudio en el siguiente apartado.

Para finalizar, debemos mencionar que la GS es el único método existente para que las personas incapaces para concebir puedan tener un hijo biológico¹³⁵, ya que en la adopción¹³⁶ no existen lazos genéticos entre el adoptante y adoptado. Además, la GS permite la selección de la gestante, el seguimiento del embarazo y unos tiempos de espera más reducidos (1 a 2 años frente a los 5 años de media que supone la adopción). Por lo tanto, podemos concluir que la GS ofrece una solución a la exigencia de aquellas personas que desean ser padres o madres biológicas pero que no pueden debido a razones biológicas o médicas.

¹³¹ LEONSEGUI GUILLOT, R. A., “La maternidad portadora, sustituta, subrogada o de encargo”, Boletín de la Facultad de Derecho, núm.7, 1994, pp. 324 y 325. Disponible en [La Maternidad Portadora, Sustituta, Subrogada o de Encargo \(uned.es\)](http://www.uned.es/~maternidad/).

¹³² Declaración Universal de Derechos Humanos, art.16: “*Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio*”.

¹³³ Página web: <https://babygest.com/es/gestacion-subrogada>.

¹³⁴ LAMM. E.: “Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres”, *op. cit.* pp, 215 y ss.

¹³⁵ Página web sobre la GS y adopción: <https://babygest.com/es/adopcion-gestacion-subrogada>.

¹³⁶ La adopción parte de la inexistencia de vínculo genético entre adoptante y adoptado.

5.1.2 LA LIBERTAD REPRODUCTIVA Y EL DERECHO A LA REPRODUCCIÓN

Los defensores de la GS sostienen que esta práctica es una expresión de la autonomía de la voluntad y libertad ser humano¹³⁷ que tiene el derecho a decidir¹³⁸ si desea tener, o no descendencia. En este sentido, la libertad reproductiva se manifiesta en los siguientes ámbitos:

- El derecho de las mujeres gestantes a controlar su cuerpo¹³⁹, teniendo la capacidad para decidir si quieren o no quedarse embarazadas. De este modo, el hecho de convertirse en gestante es una manifestación del derecho a la libertad reproductiva.
- La facultad de que las personas interesadas en tener hijos puedan elegir el medio a través del cual desean procrear, ya sea mediante las técnicas de reproducción asistida (inseminación artificial, fecundación *in vitro*, entre otras) o la forma convencional.

En este sentido, los defensores de la GS sostienen que existe un derecho a la reproducción (cuestión controvertida en la doctrina) que ampara esta práctica, argumentando que si una mujer puede acudir a técnicas de reproducción asistida para inseminarse con los gametos de un donante y poder tener un hijo, no sería desacertado pensar que los hombres o mujeres que no puedan gestar, en virtud del derecho a la prohibición de la discriminación (art. 14 CE) puedan acudir a la GS para poder disfrutar del mismo derecho que aquellas personas que pueden concebir hijos¹⁴⁰.

Para finalizar, debemos mencionar que, para los defensores de esta práctica la GS se encuentra estrechamente vinculada con algunos derechos fundamentales (derecho al libre desarrollo de la personalidad, derecho a la libertad, derecho a formar una familia, entre otros) de modo que una regulación más favorable, podría suponer un ejercicio más pleno de estos derechos para aquellas personas que desean acceder a la paternidad y maternidad a través de esta técnica.

5.2 ¿CUALES SERÍAN LAS IMPLICACIONES ÉTICAS DE ESTA REGULACIÓN?

En este apartado, analizaremos las principales consecuencias éticas derivadas de una posible legalización de la GS al estilo de países como Grecia o Portugal, de modo que conoceremos los problemas que plantea esta práctica siempre y cuando se realice de forma altruista, gestacional y respaldada por una serie de garantías¹⁴¹ que aseguren los derechos del menor y la gestante. Por lo tanto, el objeto de este estudio no abarcará de forma sustancial los múltiples problemas que comporta la GS comercial.

¹³⁷ NÚÑEZ CALONGE, R: “Aspectos éticos de la gestación subrogada” pp 6 y ss. Disponible en <https://www.rocionunez.com/pdfs/ASPECTOS%20C3%89TICOS%20DE%20LA%20GESTACION%20C3%93N%20SUBROGADA%20V.1.pdf>.

¹³⁸ EMALDI CIRIÓN, A: “La maternidad subrogada vulnera el principio constitucional de la seguridad jurídica” Universidad de Deusto, 2017, pp 126 y ss. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6694798>.

¹³⁹ LAMM. E.: “Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres”, *op. cit.* pp, 244 y ss.

¹⁴⁰ EMALDI CIRIÓN, A: “La maternidad subrogada vulnera el principio constitucional de la seguridad jurídica, la imperiosa necesidad de buscar una solución al problema español” Universidad de Deusto, 2017, pp 126 y ss. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6694798>.

¹⁴¹ En cuanto a las garantías de esta práctica nos referimos a los siguientes; 1) La necesidad de intervención judicial para que se lleve a cabo un acuerdo de GS, asegurando de esta forma un consentimiento válido y libre 2) Un adecuado análisis psicológico de la gestante de forma que entienda en que consiste esta práctica, y 3) La realización de esta práctica solo en aquellos casos en los que ha quedado probado que los comitentes no pueden concebir hijos.

5.2.1 PROBLEMAS DERIVADOS DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

La autonomía de la voluntad¹⁴² es la capacidad del ser humano de adoptar cualesquiera decisiones en el ámbito de las relaciones privadas de forma independiente, de modo que este principio está estrechamente vinculado a la libertad del individuo que decide dentro de su querer interno aquellas reglas a las que decide sujetarse¹⁴³. En el caso de la GS, la libertad de la gestante y autonomía de la voluntad pueden verse seriamente menoscabadas debido a los siguientes problemas.

En primer lugar, la GS puede llegar a privar a la gestante de su capacidad de decidir libre y conscientemente, en aquellos casos en los que la mujer ha actuado sin la suficiente información de lo que supone esta práctica o mediante presiones, violencia o intimidación de terceras personas que la han obligado a adoptar una decisión que no se corresponde con lo que debería ser la verdadera voluntad del sujeto (libre, consciente e incondicional)¹⁴⁴.

En segundo lugar, la GS anula respecto al futuro, la autonomía de la voluntad de la gestante, ya que una vez se ha iniciado esta práctica la gestante puede ver mermadas sus facultades de decisión en las siguientes cuestiones¹⁴⁵:

- En lo relativo al embarazo, surge la duda de ¿quién está facultada para decidir un aborto, la madre comitente o la gestante?
- En lo relativo a la entrega del recién nacido, surge la duda de si la gestante se encuentra obligada a entregar al recién nacido o por el contrario puede decidir convertirse en la madre legal del niño (en el caso de Grecia podemos observar como la gestante pierde cualquier derecho sobre el recién nacido, ya que una vez haya nacido el niño la madre legal es la comitente).

Ante estas cuestiones, GUERRA-PALMERO sostiene que *“la autonomía no puede cancelarse temporalmente, sino que debe actualizarse en cada momento porque el consentimiento informado es un proceso y no un mero resultado”*¹⁴⁶. En este sentido, la autora sostiene que la gestante es la única persona facultada para resolver las cuestiones mencionadas anteriormente, según su voluntad e intereses, de modo que tiene el derecho para interrumpir el embarazo o quedarse recién nacido.

En tercer lugar, debemos mencionar que la GS altruista, no se encuentra exenta de que se realicen determinados contratos de GS en los que exista un precio oculto pagado por los padres comitentes a la gestante. El problema de esto último radica en que las mujeres que se encuentran en situación de necesidad económica o vulnerabilidad pueden verse “forzadas” a acudir a esta práctica para mejorar su calidad de vida, lo que nos volvería a plantear de nuevo si la GS es fruto de un acto totalmente libre¹⁴⁷.

Para finalizar, considero que la GS de forma altruista podría ser medio adecuado para

¹⁴² SARASOL BARRES, C y RAMÓN FERNÁNDEZ F: “La gestación subrogada: aspectos éticos y jurídicos en el derecho español”, Universitat politècnica de València, 2021. Disponible en <https://riunet.upv.es/handle/10251/163816?show=full>.

¹⁴³ SORO RUSSEL, O: “El principio de autonomía de la voluntad privada en la contratación: génesis y contenido actual”, Universidad Complutense de Madrid, 2017, pp 15 y ss. Disponible en primeraspaginas9788429019087_principio_autonomia_voluntad_web.pdf (editorialreus.es)

¹⁴⁴ ORTEGA LOZANO, R y *et al*: “Gestación subrogada: aspectos éticos”, Universidad europea, 2018, pp 64 a 66. Disponible en <https://www.dilemata.net/revista/index.php/dilemata/article/view/412000248>.

¹⁴⁵ ORTEGA LOZANO, R y *et al*: “Gestación subrogada: aspectos éticos”, Universidad europea, 2018, pp 64 a 66. Disponible en <https://www.dilemata.net/revista/index.php/dilemata/article/view/412000248>.

¹⁴⁶ GUERRA-PALMERO, J, M: “Contra la llamada gestación subrogada. Derechos humanos y justicia global versus bioética neoliberal”, Universidad de La Laguna, 2017. Disponible en https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0213-91112017000600016.

¹⁴⁷ ORTEGA LOZANO, R y *et al*: “Gestación subrogada: aspectos éticos”, *op. cit.* pp, 65 a 68.

acceder a la maternidad o paternidad en los casos de incapacidad para concebir, sin embargo, creo que es relativamente complicado garantizar un consentimiento plenamente libre y que alguien se preste voluntariamente a esta práctica debido a los problemas corporales y hormonales que provoca en la gestante.

5.2.2 EL SER HUMANO COMO OBJETO CONTRACTUAL

Los detractores de esta práctica sostienen que la GS se constituye como un acuerdo inmoral e ilegal, en el que el objeto del contrato recae sobre el propio cuerpo humano y en la entrega de un menor¹⁴⁸. En este sentido, NUÑO considera que los seres humanos ni los cuerpos de las mujeres pueden ser objeto de comercio, ya que no son una propiedad, es decir, al no haber propiedad no puede haber donación, venta ni cualquier otro negocio jurídico por el que se disponga del propio cuerpo¹⁴⁹.

Los art. 333 y siguientes del CC siguen la tesis de NUÑO, al disponer que únicamente podrán ser objeto de apropiación los bienes muebles e inmuebles, de modo, que ni los seres humanos ni su cuerpo pueden ser el objeto de un contrato. En esta línea, debemos mencionar que parte de la doctrina sostiene que la realización de esta práctica atenta contra los siguientes valores y principios:

- En el caso de la gestante, el Comité de Bioética de España¹⁵⁰ sostiene que la GS instrumentaliza y cosifica a la mujer, despojándola del control sobre su cuerpo. Por lo tanto, la realización de esta práctica atenta con la dignidad de la mujer ya que se la utiliza como un “medio”¹⁵¹.
- En el caso del recién nacido, los detractores de esta práctica sostienen que estos contratos cosifican al menor, atentan contra su dignidad y afectan a su identidad, ya que su filiación se verá alterada por los deseos de los comitentes¹⁵². No obstante, hay autoras como E. LAMM que sostienen que los menores gozan de los mismos derechos que cualquier otro menor y que gracias a esta práctica disfrutan del derecho a la vida¹⁵³.

5.3 ¿SERIA POSIBLE JUSTIFICAR LA GESTACION SUBROGADA COMO UN DERECHO HUMANO REPRODUCTIVO?

Como ya hemos mencionado en el apartado 5.1.2, la existencia de un posible derecho a la reproducción es una cuestión polémica en la doctrina debido a los diversos posicionamientos (a favor y en contra) que hay entorno a esta práctica y a la ausencia de un pronunciamiento expreso de nuestra legislación sobre este posible derecho.

Como punto de partida, debemos hacer referencia al Informe¹⁵⁴ de la Conferencia

¹⁴⁸ SARASOL BARRES, C y RAMÓN FERNÁNDEZ F: “La gestación subrogada: aspectos éticos y jurídicos en el derecho español”, Universitat politècnica de València, 2021. Disponible en <https://riunet.upv.es/handle/10251/163816?show=full>.

¹⁴⁹ NUÑO GÓMEZ, L: “Una nueva cláusula del Contrato Sexual: vientres de alquiler”. *Isegoría. Revista de Filosofía Moral y Política*, Universidad Rey Juan Carlos, 2016 pp 8 y s. Disponible en <https://doi.org/10.3989/isegoria.2016.055.15>.

¹⁵⁰ Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada, 2017, pp 30-33. Disponible en <https://eprints.ucm.es/id/eprint/42816/>.

¹⁵¹ MARRADES PUIG, A: “La gestación subrogada en el marco de la cuestión española: una cuestión de derechos”, 2017. Disponible en <https://revista-estudios.revistas.deusto.es/article/view/1320/1597>.

¹⁵² “EMALDI CIRIÓN, A: “La maternidad subrogada vulnera el principio constitucional de la seguridad jurídica, la imperiosa necesidad de buscar una solución al problema español”, *op. cit.* pp 136 y ss.

¹⁵³ LAMM. E.: “Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres”, *op. cit.* pp 224-230.

¹⁵⁴ Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo de 13 de septiembre de 1994, de Naciones Unidas. Disponible en https://www.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/icpd_spa.pdf.

Internacional sobre la Población y el Desarrollo de 13 de septiembre de 1994, de Naciones Unidas que consolida a nivel universal la existencia de los derechos reproductivos, concretamente el Capítulo VII (párrafo 7-3) haciendo mención expresa a los siguientes:

- “El derecho de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre estos, y a disponer de la información y de los medios para ello”.
- “El derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones o violencia”.
- “El derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva”.

Respecto a este Informe, E. LAMM sostiene que el derecho a la procreación debe ser interpretado en un sentido de amplio, de forma que las parejas o individuos puedan obtener descendencia no solo de la forma convencional, sino mediante el acceso a las nuevas técnicas reproductivas¹⁵⁵. En este sentido, debemos mencionar que hay un sector doctrinal que considera que el derecho a la reproducción existe y se encuentra constitucionalmente protegido debido a su vinculación con determinados derechos fundamentales (derecho a la dignidad, derecho a fundar una familia, derecho a la vida privada y familiar, derecho al libre desarrollo de la persona, derecho a la libertad, entre otros)¹⁵⁶.

En esta línea, se mantiene el art. 2.c) de la LO 2/2010¹⁵⁷, de 3 de marzo, de *salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo* que reconoce la libertad de la persona para tener hijos y decidir cuándo tenerlos.

Los defensores de la GS, también sostienen que si las personas tienen derecho a acudir a TRA (por ejemplo: fecundación *in vitro*, inseminación artificial, entre otras) para poder tener descendencia, es porque realmente hay un derecho a la reproducción, de modo que aquellas personas que no puedan concebir, deben poder disfrutar de un derecho semejante al que acuden los beneficiados por las TRA, ya que de no permitirse se estaría causando una vulneración del derecho a la igualdad y la prohibición de la discriminación (art. 14 CE).

A consecuencia de todo lo expuesto, considero que la GS podría llegar a ampararse como un derecho reproductivo humano, pero en todo caso, descarto la posibilidad de que este derecho sea absoluto¹⁵⁸, ya que su realización supone una invasión en los derechos de las gestantes (derecho a la dignidad, derecho a la integridad física y moral, entre otros). Por lo tanto, descarto que este derecho pueda llegar a ser exigible por los ciudadanos.

¹⁵⁵ LAMM, E.: “Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres”, *op. cit.* pp, 230-233.

¹⁵⁶ EMALDI CIRIÓN, A: “La maternidad subrogada vulnera el principio constitucional de la seguridad jurídica, la imperiosa necesidad de buscar una solución al problema español”, *op. cit.* pp 126.

¹⁵⁷ <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2010-3514>.

¹⁵⁸ MARRADES PUIG, A: “La gestación subrogada en el marco de la constitución española: una cuestión de derecho” *Estudios de Deusto*, 2017, p 232. Disponible en <https://revista-estudios.revistas.deusto.es/article/view/1320>.

III. CONCLUSIONES

1) La GS es una práctica que destaca por la disparidad en su regulación, existiendo países que la prohíben y otros que la permiten, lo que provoca que muchas personas acudan a países con legislaciones favorables para su realización. En el caso de Grecia, se permiten los acuerdos de GS siempre y cuando se obtenga una autorización judicial de los tribunales griegos, en la que se haga constar los diversos requisitos exigidos por la legislación helena (altruista, gestacional, únicamente para casos de incapacidad para concebir, entre otros). En el caso de España, los acuerdos de GS son nulos de pleno derecho (art. 10.1 LTRHA), de modo que esta práctica no tiene cabida en nuestro ordenamiento jurídico, quién considera como madre legal del recién nacido a aquella que ha dado a luz (*mater semper certa est*).

2) Cuando se ha acudido a un país extranjero para realizar esta práctica, debe obtenerse una resolución judicial para poder inscribir al menor en el RC español según lo sostenido por la Instrucción 5 de octubre de 2010 de la DGRN y el TEDH, quién considera necesaria permitir la inscripción para que no se menoscabe el interés superior del menor. Esta idea choca con el criterio del TS quién considera que permitir la inscripción atenta contra el orden público internacional español y se incurre en un posible fraude de ley. El hecho de que se pueda practicar la inscripción del menor en España, no supone que se estén reconociendo los efectos del contrato de GS que seguirá siendo nulo de pleno derecho, sino que únicamente se están reconociendo los efectos derivados de una resolución judicial extranjera.

3) En el caso de que la GS no se realice con la intervención de las autoridades correspondientes, esta práctica puede dar lugar a los delitos de suposición de parto y de ocultación o entrega de hijo (art. 220.1 y 220.3 del CP) castigados con penas de hasta 2 años de prisión.

4) En el ámbito de la prestación por maternidad, debemos mencionar que la GS no es una situación protegida a tenor de lo dispuesto en el art. 177 de la LGSS. Sin embargo, el TS ha entendido que la GS es similar a supuestos de adopción o acogimiento, de modo que en virtud de esta interpretación cabe reconocer la prestación por maternidad a la madre comitente. En el caso de la madre gestante, consideramos que, si cumple con los requisitos exigidos de edad, cotización, alta y filiación a la SS, también tiene el derecho a solicitar a la prestación por maternidad ya que se encuentra legalmente amparada. No obstante, debemos mencionar que en el derecho español no se ha producido ningún caso en el que ambas madres (gestante y comitente) soliciten la prestación por maternidad, ya que estos contratos suelen celebrarse con mujeres extranjeras que no cumplen con los requisitos exigidos por nuestra legislación para solicitar la prestación.

5) Respecto a una futura legalización de la GS en España, debemos mencionar que los defensores de esta práctica sostienen que la misma se enmarca dentro de la libertad reproductiva de las personas y es la única que permite a una pareja de varones o mujeres que no pueden concebir, poder tener un hijo biológico. No obstante, una regulación favorable de esta práctica plantearía problemas en el ámbito de la autonomía de la voluntad, ya que es difícil conocer si la gestante ha actuado de forma libre, consciente y sin ningún tipo de vicio. Además, la GS anula respecto al futuro la capacidad de decisión de la gestante, que se verá obligada a continuar con el embarazo y entregar al menor una vez que este haya nacido.

6) La GS podría llegar a ser entendida como un derecho reproductivo (no absoluto y sujeto a límites) debido a su vinculación con otros derechos fundamentales (derecho a fundar una familia, derecho a la libertad, derecho al libre desarrollo de la personalidad) y a la

existencia de las TRA que hacen pensar a una parte de la doctrina que si una mujer puede acudir a estas técnicas para tener descendencia es porque hay un derecho a la reproducción.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS, DOCUMENTOS Y REVISTAS:

ÁVILA HÉRNANDEZ, J: “La maternidad subrogada en el derecho comparado” *Cadernos de Derecho Actual*, Universidad de las Palmas de Gran Canaria, 2017. Disponible en <http://www.cadernosdedereitoactual.es/ojs/index.php/cadernos/article/view/101>.

ÁLVAREZ QUINTANA, T: “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de ley y el correctivo del orden público internacional”. Universidad de León. Disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/2259/1198>.

ALVAREZ RODRIGUEZ. A: “Tratamiento legal del contrato de gestación por sustitución en el Derecho Internacional Privado español a la luz de la STS de 6 de febrero de 2014. Dime niño, ¿de quién eres...?” Universidad de León. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4875741>.

CALVO CARAVACA, L. A: “Gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. Universidad Carlos III de Madrid. Disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/2780>.

CANO, M. E.: “Breve aproximación en torno a la maternidad subrogada”. Disponible en: [BREVE APROXIMACION EN TORNO A LA PROBLEMÁTICA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA \(revistapersona.com.ar\)](http://www.revistapersona.com.ar)

CARRASCO ANDRINO, M: “Protección penal de la filiación” *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Universidad de Alicante, 2010. Disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/12/recpc12-06.pdf>.

PASTOR RIDRUEJO, J.A: “El fraude de la ley en Derecho interregional español”. Disponible en <https://www.jstor.org/stable/44294012?seq=1>

DÍAZ FRAILE. J.M: “La gestación por sustitución ante el registro civil español” *Revista de Derecho Civil*. Disponible en <https://www.nreg.es>.

DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L: “Anuario de derecho civil, eficacia e ineficacia del negocio jurídico”, estudios monográficos. Disponible en https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-C-1961-40080900834.

EMALDI CIRIÓN, A: “La maternidad subrogada vulnera el principio constitucional de la seguridad jurídica, la imperiosa necesidad de buscar una solución al problema español” Universidad de Deusto, 2017. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6694798>.

FERNÁNDEZ SANCHO-TAHOSES, A. S.: “Eficacia jurídico-registral del contrato de gestación subrogada”, editorial Aranzadi, Cizur Menor 2011. BIB 2011/1357.

GARIBO PEYRÓ, A. P: “El interés superior del menor en los supuestos de maternidad subrogada”, *Cuadernos de bioética*, Universidad de Valencia, 2017 Disponible en

<http://aebioetica.org/revistas/2017/28/93/245.pdf>

GÓMEZ GOMEZ, M: “La gestación subrogada: un análisis desde una perspectiva comparativa y del sistema español de Derecho internacional privado”, *Working Papers*; nº 01, 2020. Disponible en: <https://eprints.ucm.es/id/eprint/59095/>.

GÓNZALEZ CARRASCO. C: “Gestación por sustitución ¿Regular o Prohibir?” *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, Universidad de Castilla La Mancha. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6081240>.

GORELLI HERNÁNDEZ, J “La prestación por maternidad en los casos de gestación por sustitución o maternidad subrogada”. Universidad de Huelva, *Revista Doctrinal Aranzadi BIB* 2017/10517.

GUERRA-PALMERO, J, M: “Contra la llamada gestación subrogada. Derechos humanos y justicia global versus bioética neoliberal”, Universidad de La Laguna, 2017. Disponible en https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0213-91112017000600016.

HÉRNANDEZ RÓDRIGUEZ, A: “Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿Hacia una nueva regulación legal en España? Universidad Carlos III de Madrid, *Cuadernos de Dereito Transnacional*, 2014. Disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/2264>.

IGAREDA, N. “La gestación por sustitución: una oportunidad para repensar la filiación y la reproducción humana”. Universitat de Barcelona, 2018. *Revista Bioética y Derecho*. Disponible en: <https://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/20574/24133>

Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo de 13 de septiembre de 1994, de Naciones Unidas. Disponible en https://www.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/icpd_spa.pdf.

Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada, 2017. Disponible en <https://eprints.ucm.es/id/eprint/42816/>

LAMM, E.: “Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres”. Universitat de Barcelona, 2014. Disponible en <http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/115984/1/9788447537730%20%28Creative%20Commons%29.pdf>.

LAMM. E: “Gestación por sustitución, realidad y derecho. Universitat de Barcelona, 2012. Disponible en https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/909_es.pdf.

LAMM.E: “Una vez más sobre gestación por sustitución, porque sin marco legal se siguen sumando violaciones a derechos humanos”, Universitat de Barcelona. Disponible en <https://revistas.usal.es/index.php/ais/article/view/14368/15395>.

LASARTE ÁLVAREZ, C: “Parte general y derecho de la persona” Universidad Nacional a Distancia, Tomo I, vigésimo segunda edición, 2016, Ed. Marcial Pons.

LEONSEGUI GUILLOT, R. A., “La maternidad portadora, sustituta, subrogada o de encargo”, *Boletín de la Facultad de Derecho*, núm.7. Disponible en [La Maternidad](#)

[Portadora, Sustituta, Subrogada o de Encargo \(uned.es\)](http://uned.es).

LLORENS ESPADA, J: “Nuevos retos de las prestaciones de la seguridad social por maternidad y paternidad”, Universidad de Navarra, 2017. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6234947>.

MARRADES PUIG, A: “La gestación subrogada en el marco de la cuestión española: una cuestión de derechos”, 2017. Disponible en <https://revista-estudios.revistas.deusto.es/article/view/1320/1597>.

MERCADER UGUINA, R, J: “La creación del Tribunal Supremo de la prestación por maternidad subrogada: A propósito de las SSTs de 25 de octubre de 2016 y de 16 de noviembre de 2016” Universidad Carlos III de Madrid, 2017. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5865593>.

NÚÑEZ CALONGE, R: “Aspectos éticos de la gestación subrogada” Disponible en <https://www.rocionunez.com/pdfs/ASPECTOS%20C3%89TICOS%20DE%20LA%20GESTACION%20SUBROGADA%20V.1.pdf>.

NUÑO GÓMEZ, L: “Una nueva cláusula del Contrato Sexual: vientres de alquiler”. Isegoría. *Revista de Filosofía Moral y Política*, Universidad Rey Juan Carlos, 2016. Disponible en <https://doi.org/10.3989/isegoria.2016.055.15>.

O’CALLAGHAN, X: “Compendio de Derecho Civil. Tomo 1 (parte general)”. Disponible en [Fraude de ley - Lección 4ª - Compendio de Derecho Civil. Tomo 1 \(parte general\) - Compendio de Derecho Civil - Libros y Revistas - VLEX 214603](#).

ORTEGA LOZANO, R y *et al*: “Gestación subrogada: aspectos éticos”, Universidad europea, 2018. Disponible en <https://www.dilemata.net/revista/index.php/dilemata/article/view/412000248>.

SANZ-DIEZ DE ULZURRUN LLUCH, M: “La entrega de los menores eludiendo los procedimientos legales de adopción. Delito contra las relaciones familiares y detenciones ilegales. Sobre el llamado robo de bebés”, Universidad Rey Juan Carlos. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4395463>.

SARASOL BARRES, C y RAMÓN FERNÁNDEZ F: “La gestación subrogada: aspectos éticos y jurídicos en el derecho español”, Universitat politècnica de València, 2021. Disponible en <https://riunet.upv.es/handle/10251/163816?show=full>.

SORO RUSSEL, O: “El principio de autonomía de la voluntad privada en la contratación: génesis y contenido actual”, Universidad complutense de Madrid, 2017. Disponible en primeraspaginas9788429019087_principio_autonomia_voluntad_web.pdf (editorialreus.es)

TOMÁS MATAIX, D: “La problemática derivada del reconocimiento de los efectos del contrato de gestación subrogada desde la perspectiva del derecho del trabajo y de la seguridad social”, Universidad Carlos III de Madrid, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2019. Disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/4962/3441>.

VILAR GONZALEZ, S.: “Gestación por sustitución en España. Un estudio con apoyo en el Derecho comparado y especial referencia California (EEUU) y Portugal”. Universitat Jaume I, 2017. Disponible en <http://hdl.handle.net/10803/454675>

RESOLUCIONES NO JUDICIALES:

Circular 11 de Julio de 2014 de la DGRN.

Consulta 29/2916 del Instituto Nacional de la Seguridad Social.

Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010 sobre *Régimen Registral de la Filiación de los Nacidos Mediante Gestación por Sustitución*

Resolución de la DGRN 18 de febrero de 2009 (RJ 2009/1735).

PAGINAS WEB:

Página web acerca de la GS en Grecia: <https://www.bufetedeabogadosgrecia.es/proceso-de-madre-subrogada-en-grecia/#:~:text=El%2019.12.2002%2C%20el%20Parlamento,entre%20otras%20cosas%2C%20la%20maternidad>

Página web de la RAE [Diccionario de la lengua española | Edición del Tricentenario | RAE - ASALE](#).

Página web sobre la adopción: <https://babygest.com/es/adopcion-gestacion-subrogada>

Página web sobre la GS: <https://babygest.com/es/gestacion-subrogada>.

Página web sobre la GS: <https://www.reproduccionasistida.org/gestacion-subrogada/>.

Página web sobre la nulidad contractual: <https://vlex.es/vid/nulidad-contrato-844409280>.

Página web sobre delitos relativos a la filiación: <https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/>.

APÉNDICE LEGISLATIVO

NORMAS NACIONALES:

Constitución Española de 29 de diciembre de 1978.

Decreto 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento del Registro Civil

Instrucción 5 de octubre de 2010 de la DGRN.

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

Ley de 8 de junio de 1957 sobre el Registro Civil.

Ley 1/2000 de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

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

LO 2/2010 de 3 de marzo, de *salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo*.

Real Decreto de 24 de Julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, *por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural*

Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*.

Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Seguridad Social*.

NORMAS SUPRANACIONALES

Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950.

Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948

Directiva 92 / 85 del Consejo de 19 de octubre de 1992 *relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia*.

Reglamento N°593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2009 sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales.

NORMAS EXTRANJERAS

Alemania. Código Civil Alemán.

Alemania. Ley 745/90, del 13 de diciembre de 1990 *de Protección del Embrión*.

Alemania. Ley de 1976 *sobre Adopciones y de Prohibición en la Intermediación de la Gestación por Sustitución*.

Francia. Código Civil.

Francia. Código Penal.

Grecia. Código Civil.

Grecia. Código de Conducta griego para la reproducción médica asistida 2017.

Grecia. Ley 3305/2005 *sobre Técnicas de Reproducción Humana asistida*.

Grecia. Ley 3089/2002 *sobre Asistencia Médica en la Reproducción Humana*.

Grecia. Ley 4272/2014.

Italia. Código Civil.

Italia. Ley nº40, de 19 de febrero de 2004 *sobre normas en materia de Procreación Medicamente Asistida*

Reino Unido. Ley de 18 de julio de 1985 *sobre acuerdos de gestación subrogada*.

APÉNDICE JURISPRUDENCIAL

Sentencia AP de Valencia de 23 de noviembre de 2011 [nº rec. 949/2011][ES:APV:2011:5738].

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Valencia nº193/2010 [nº rec. 188/2010].

Sentencia TEDH 26 de junio de 2014 [ECLI:CE:ECHR:2014:0626JUD006594111].

Sentencia del TJUE de 18 de marzo de 2014 [ECLI:EU:C:2014:159].

Sentencia del TS nº835/2013 de 6 de febrero de 2014 [nº rec. 245/2012] [ECLI:ES:TS:2014:247].

Sentencia TS nº145/2004, 28 de febrero de 2004 [nº rec. 1412/1998][RJ 2004/1447].

Sentencia TS 6 de junio de 1980 [RJ 1980/2512].

Sentencia TS de 28 de septiembre de 1963 (Sala de lo Penal).

Sentencia TS nº492/2007, 7 de junio de 2007 [nº rec. 10967/2006].

Sentencia TS nº1509/1992, 24 de junio de 1992 [RJ 1992/5877].

Sentencia TS de 25 de octubre de 2016, nº537/2016 [nº rec. 3818/2015].

Sentencia del TS de 16 de noviembre de 2016, nº5283/2016, [ECLI:ES:TS:2016:5283].