



# UNIVERSIDADE DA CORUÑA



GRADO EN DERECHO  
CURSO ACADÉMICO 2020/2021  
TRABAJO DE FIN DE GRADO

---

**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.**

---

Autor: Jorge Valdés Vázquez.  
Tutor: Prof. Dr. José Joaquín Vara Parra.

## ÍNDICE O SUMARIO:

<b>-LISTADO DE ABREVIATURAS.....</b>	<b>4</b>
<b>-ANTECEDENTES DE HECHO.....</b>	<b>5</b>
<b>-I. Primera cuestión.....</b>	<b>6</b>
1.1. Validez del contrato.....	6
1.2. Licitud del contrato.....	8
1.3. Reconocimiento del contrato en el ordenamiento jurídico español.....	8
1.4. Hechos considerados como fraude de ley.....	10
1.5. Incumplimiento contractual.....	11
<b>-II. Segunda cuestión.....</b>	<b>13</b>
2.1. Validez de la inscripción registral del menor y reconocimiento de la filiación.....	13
2.2. Determinación de la maternidad y reconocimiento por el ordenamiento jurídico español como madre del menor.....	19
<b>-III. Tercera cuestión.....</b>	<b>20</b>
<b>-IV. Cuarta cuestión.....</b>	<b>23</b>
4.1. Introducción a las prestaciones por maternidad en el Derecho español.....	23
4.2. Las prestaciones por maternidad en los tribunales sociales españoles y en la doctrina unificada.....	24
4.3. Argumentos jurisprudenciales para el reconocimiento de las prestaciones por maternidad.....	25
4.4. La posición de la Administración de la Seguridad Social a la luz de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo.....	27
4.5. La posición del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.....	29
<b>-V. Quinta cuestión.....</b>	<b>30</b>
5.1. Introducción a la cuestión.....	30
5.2. Justificación de una regulación positiva de la gestación subrogada en España, al estilo de otros países de nuestro entorno como por ejemplo Portugal o Grecia.....	30
5.2.1 Motivos para aceptar una regulación positiva de la gestación subrogada en España.....	31
5.3. Implicaciones éticas y motivos para rechazar una regulación positiva de la gestación subrogada en España.....	32

5.3.1. Problemas éticos relacionados con la madre gestante.....	32
5.3.2. Problemas éticos relacionados con los niños nacidos por gestación subrogada.....	33
5.4. Objeción de conciencia y problemas éticos de los facultativos que se responsabilizan de la subrogación.....	33
5.5. La gestación subrogada como un derecho humano reproductivo.....	35
<b>-CONCLUSIONES FINALES.....</b>	<b>39</b>
<b>-BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>42</b>
<b>-APÉNDICE JURISPRUDENCIAL.....</b>	<b>45</b>
<b>-APÉNDICE LEGISLATIVO:.....</b>	<b>47</b>

## **LISTADO DE ABREVIATURAS:**

ACOG: Colegio Americano de Obstetras y Ginecólogos.  
AP: Audiencia Provincial.  
ART: Artículo.  
BOE: Boletín Oficial del Estado.  
CC: Código Civil.  
CCD: Comisión Central de Deontología, Derecho Médico y Visado.  
CD: Código Deontológico.  
CDM: Código de Deontología Médica.  
CDN: Convención sobre los Derechos del Niño.  
CE: Constitución Española.  
CP: Código Penal.  
D.<sup>a</sup>: Doña.  
DGRN: Dirección General de Registros y del Notariado.  
DIPr: Derecho internacional privado.  
DR.: Doctor.  
DUDH: Declaración Universal de Derechos Humanos.  
ET: Estatuto de los Trabajadores.  
GS: Gestación Subrogada.  
IDGRN: Instrucción Dirección General de Registros y del Notariado.  
INSS: Instituto Nacional de la Seguridad Social.  
JPI: Juzgados de Primera Instancia.  
LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil.  
LGSS: Ley General de la Seguridad Social.  
LO: Ley Orgánica.  
LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial.  
LRC: Ley de Registro Civil.  
LTRHA: Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida.  
MF: Ministerio Fiscal.  
OMC: Organización Médica Colegial.  
OMS: Organización Mundial de la Salud.  
PROF: Profesor.  
RC: Registro Civil.  
RD: Real Decreto.  
RDGRN: Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado.  
RRC: Reglamento del Registro Civil.  
SAP: Sentencia de Audiencia Provincial.  
SJPI: Sentencia del Juzgado de Primera Instancia.  
SS: Siguietes.  
STS: Sentencia Tribunal Supremo.  
STSJ: Sentencia Tribunal Superior de Justicia.  
TC: Tribunal Constitucional.  
TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos.  
TFG: Trabajo de Fin de Grado.  
TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea.  
TRA: Técnicas de Reproducción Asistida.  
TS: Tribunal Supremo.  
TSJ: Tribunal Superior de Justicia.

## ANTECEDENTES 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.<sup>a</sup> Rocío se compromete a aportar sus óvulos para que, una vez fecundados con los gametos de un donante anónimo, sean implantados en D.<sup>a</sup> 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.<sup>a</sup> Lola en Grecia, país en el que la gestación subrogada está regulada y es legal. Transcurrido el período de embarazo D.<sup>a</sup> Lola da a luz a un hijo y, siguiendo los términos del acuerdo entre ambas, lo entrega a D.<sup>a</sup> 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.<sup>a</sup> Rocío y el niño residen en A Coruña, mientras que D.<sup>a</sup> Lola vive en Murcia. Ambas solicitan la prestación de maternidad, en calidad de madres biológicas, aunque tan solo D.<sup>a</sup> Rocío se va a dedicar al cuidado del niño. La prestación le es concedida a D.<sup>a</sup> Lola y denegada a D.<sup>a</sup> Rocío, por entrar en contradicción con la solicitud previa de D.<sup>a</sup> 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.<sup>a</sup> 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.<sup>a</sup> Lola en el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de A Coruña por incumplimiento contractual, al haber solicitado la prestación por maternidad.

- I. **¿Es válido el contrato realizado entre ambas mujeres? ¿Tiene algún reconocimiento en el ordenamiento jurídico español? ¿Podrían los hechos expuestos en este supuesto llegar a ser considerados fraude de ley? ¿Existe incumplimiento contractual por parte de D.<sup>a</sup> Lola tal y como sostiene D.<sup>a</sup> Rocío?**

### **1.1. Validez del contrato.**

Para comenzar este análisis sobre las cuestiones relativas a la gestación subrogada, prestación por maternidad e implicaciones éticas; en este punto del trabajo, es menester indicar que la primera cuestión que se nos plantea se refiere a la validez del contrato de gestación subrogada. Con carácter previo, es fundamental situar con claridad desde un inicio al lector acerca de qué entendemos por contrato de gestación por sustitución, el cual han realizado ambas mujeres. La técnica de maternidad subrogada es aquella que permite el embarazo sin necesidad de que para ello exista cópula, se realiza a través de 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.

En el marco del ordenamiento jurídico español, se recoge expresamente que estamos ante un contrato declarado nulo. A esta cuestión se refiere en su articulado la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (en adelante LTRHA); artículo 10 Gestación por sustitución:

- 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.*

Expuesto lo anterior, estamos en condiciones de afirmar que el contrato realizado entre ambas mujeres no es válido a tenor de nuestra legislación vigente. Dicho esto, podemos decir que no se trata de una prohibición *stricto sensu*, sino que más bien supone una negación de validez de un contrato de este tipo.

Por lo que respecta a la naturaleza jurídica del mencionado contrato, el cual no se encuentra tipificado, la doctrina científica parece identificarlo o bien con el arrendamiento de servicios o con el arrendamiento de obra; que estaría presente entre el médico, la pareja y la madre portadora; también como un contrato de arrendamiento de servicio entre el médico y el hospital<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> LACRUZ BERDEJO: «Informe Sobre la Fecundación Artificial y Otros Extremos Semejantes». 1985. Pág. 11.

En lo que a la vertiente onerosa se refiere, debemos indicar que el art. 221.1 del Código Penal<sup>2</sup> (en adelante CP), prohíbe expresamente la venta de hijos o menores, estableciendo la misma pena para los integrantes de ese negocio, art. 221 CP:

- 1. Los que, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concurra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación, serán castigados con las penas de prisión de uno a cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a 10 años.*
- 2. Con la misma pena serán castigados la persona que lo reciba y el intermediario, aunque la entrega del menor se hubiese efectuado en país extranjero.*
- 3. Si los hechos se cometieren utilizando guarderías, colegios u otros locales o establecimientos donde se recojan niños, se impondrá a los culpables la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de las referidas actividades por tiempo de dos a seis años y se podrá acordar la clausura temporal o definitiva de los establecimientos. En la clausura temporal, el plazo no podrá exceder de cinco años.*

En cuanto a las referencias encontradas en nuestro Código Civil<sup>3</sup> (en adelante CC), en materia de adopción se establece que el asentimiento de la madre no se puede producir en ningún caso antes de seis semanas después del parto. Ello supone que queda invalidada la entrega inmediata de un bebé a las personas contratantes. Esto se recoge expresamente en un párrafo del art. 177.2.2º CC: *El asentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido seis semanas desde el parto.*

La nulidad del contrato es extensible cuando una pareja compuesta por personas de distinto sexo es fértil, pero la mujer no puede o no quiere llevar a cabo el proceso de gestación, y decide optar por una fecundación *in vitro* con gametos de la propia pareja e implantar el embrión obtenido en el útero de otra mujer. También es nulo el contrato que se celebra cuando la mujer de una pareja heterosexual es estéril, por lo que se acuerda inseminar artificialmente a otra mujer o fecundar *in vitro* un óvulo de esta con gametos del varón para, posteriormente, implantar en su útero el embrión resultante, por tanto, la mujer que acepta asumir el proceso de gestación será madre gestante y madre biológica.

Determinar la nulidad del contrato de gestación por sustitución trae consigo la consecuencia de que la filiación se determinará por el parto, de manera que, ello supone que a efectos legales, ha de considerarse siempre como madre a la gestante, y no a la biológica (en el caso de que esta sea distinta de aquella).

Además, en el supuesto de que nuestro ordenamiento jurídico no contemplase de manera expresa una norma prohibitiva al respecto, el contrato sería nulo por ilicitud de su causa y por razón de su objeto.

---

<sup>2</sup> Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

<sup>3</sup> Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

## **1.2. Licitud del contrato.**

Son las implicaciones derivadas de su objeto y causa las que permiten consolidar el razonamiento el cual considera que al hablar de contrato de gestación subrogada, estamos ante un contrato ilícito por su contenido inmoral, contrario a las buenas costumbres y al orden público. Esta consideración se apoya en el art. 1271 CC que hace extensible que las personas presentes o futuras no pueden ser objeto de contrato. Por tanto, no habría respeto a la dignidad ni a la persona humana ya que no se garantiza el principio de indisponibilidad del cuerpo humano, porque la función reproductora y de gestación de la mujer se traduce en un mero objeto de comercio, convirtiendo de este modo la maternidad en un objeto de tráfico jurídico.

La persona humana no puede ser objeto del comercio de los hombres, por tanto, el niño no puede ser objeto de transacción, ya que se debe garantizar el respeto a la dignidad de la persona y su integridad moral (arts. 10.1 y 15 CE). Podemos afirmar de este modo que la nulidad vendría motivada, como hemos indicado, por razón del objeto, sea el embrión humano, el hijo por nacer, o los servicios por gestación contratados.

Si continuamos sosteniendo la tesis que considera que este contrato tiene una causa ilícita, podemos completar este razonamiento trayendo a colación el art. 1275 CC que dispone que los contratos con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral. Por tanto, la vida humana no puede ser objeto de contrato.

Otro pilar que debemos abordar es el principio del *favor filii*, que hace referencia al concepto jurídico del interés superior del menor. Se trata de una regla que debe regir en todas las actuaciones, circunstancias y situaciones del Derecho de Familia. En este sentido, la doctrina contraria a la maternidad subrogada destaca, amparándose en el citado principio, el posible menoscabo psíquico de los niños que nacen en virtud de estas prácticas, ya sea por las dificultades de aceptación social, así como por los inconvenientes que puede generar el tener que hacer frente a varias figuras maternas. Además aseguran que optar por este tipo de prácticas supone convertir al hijo en objeto de comercio, puesto que esta técnica responde más bien a los intereses de los futuros padres que a los propios del niño; hay autores que consideran que se desea convertir al menor en una especie de objeto de propiedad puesto que el niño es una persona de la que no se puede disponer y sobre la que no se pueden celebrar acuerdos al respecto.

## **1.3. Reconocimiento del contrato en el ordenamiento jurídico español.**

Abordando en este punto la cuestión del reconocimiento en el ordenamiento jurídico español de este contrato de gestación subrogada realizado entre ambas mujeres y constituido en el extranjero; conviene indicar que la principal problemática deriva de la determinación de la filiación del menor afectado, esto es, la inscripción del nacido como hijo de una o dos de las personas partes del acuerdo.

Es necesario plantear la realidad de nuestra situación nacional actual, ya que no podemos obviar que en el Registro Civil español (en adelante RC) se están llevando a cabo inscripciones de los hijos de españoles nacidos en el extranjero mediante subrogación.



Antes de entrar de lleno en la materia objeto de análisis en este punto, debemos indicar que en el ordenamiento jurídico griego la legislación sobre gestación subrogada es más estricta que en otros territorios en Derecho comparado.

Esta práctica, en Grecia, está permitida a extranjeros desde julio de 2014, exclusivamente a parejas heterosexuales y mujeres solteras<sup>4</sup>.

Para llevarla a cabo en el citado país es condición indispensable que la madre de intención tenga menos de 50 años, además, debe aportar un certificado médico español para demostrar que padece infertilidad o tiene problemas para concebir.

Es preciso indicar que la filiación se determina por sentencia que es requisito previo para autorizar la transferencia de embriones a la gestante. Por consiguiente, la inscripción en el RC requiere la aportación de la sentencia judicial griega en este sentido.

Si este tipo de contrato tuviese lugar en vez de en Grecia, en España, a pesar de ser considerado como nulo de pleno derecho y de traer consigo un gran riesgo para todas las partes implicadas en el contrato, se debería dotar de filiación al menor al cual no se le puede calificar de nulo. Este modo de proceder debería, de algún modo, repetirse en los casos de contratos de gestación subrogada celebrados en el extranjero.

Por último, en materia de reconocimiento, vamos a referirnos a las condiciones de reconocimiento en materia de orden público. La principal pretensión que se da es la extensión de la eficacia al ordenamiento jurídico español de la conformidad del reconocimiento de una filiación establecida mediante gestación subrogada en el extranjero.

Podemos hablar, desde la óptica del Derecho Internacional Privado (en adelante DIPr), de orden público como una excepción a la aplicación de la ley extranjera competente, por ser incompatible con los principios y valores que se consideran fundamentales en el ordenamiento jurídico del foro.

La traducción de esta cuestión, al supuesto práctico objeto del presente Trabajo de Fin de Grado (en adelante TFG), consistiría en la no aplicación de las leyes vigentes en países que permiten la celebración de contratos de gestación subrogada, por considerarlas contrarias tanto a las costumbres como a los valores, los principios o la ética vigentes en el foro.

Ejemplificando esta situación, la jurisprudencia del Tribunal Supremo (en adelante TS) se refiere a esta cuestión a través de la Sentencia de 16 de noviembre de 2016<sup>5</sup>, acentuando que la noción de orden público internacional haciendo referencia a la mercantilización del cuerpo de la mujer gestante y del propio fruto de la gestación, refiriéndose también a la

---

<sup>4</sup> En diciembre de 2002, el Parlamento Griego aprobó la Ley 3089/2002 de Asistencia Médica en la Reproducción Humana, que regula la gestación por sustitución. En 2005 se incorpora de manera expresa en la Ley 3305/2005 de la Aplicación de la Reproducción Médicamente asistida, la prohibición para realizar pagos a la mujer gestante por participar en estos acuerdos e impone sanciones penales en caso de que se hagan. El art. 17 de la Ley 4272/2014 modificó el antiguo régimen al establecer que: *Los artículos 1458 y 1464 del Código Civil son aplicables solo en el caso de que el solicitante o la mujer que dará a luz al niño sea residente permanente o residente temporal en Grecia.*

<sup>5</sup> [Roj: STS 5283/2016 - ECLI:ES:TS:2016:5283].

dignidad y mencionando la indisponibilidad del cuerpo como presupuestos para no aplicar el reconocimiento como consecuencia del orden público.

No es menos cierto que el TS no ha cerrado todas las puertas a la posibilidad de reconocer en España la filiación derivada de un contrato de maternidad subrogada celebrado en el extranjero. Sin embargo, la cuestión que queda aclarada es la no admisión de una modelización del orden público internacional en razón del interés superior del niño sino por la puesta en marcha de la excepción del orden público atenuado en los casos en los que exista un vínculo estrecho con otros Estados.

Esta atenuación del orden público internacional español por parte del TS se puede ver en la STS de 16 de noviembre de 2016, en la que se concedió la prestación por maternidad a una madre que tuvo un hijo en virtud de un contrato de gestación por sustitución y que consta inscrito en el Registro del Consulado de España en Los Ángeles; aplicando así el orden público internacional atenuado. El menor formaba un núcleo familiar con los padres que debe protegerse, y la denegación de la prestación conllevaría una discriminación en el trato dispensado a éste por razón de su filiación.

#### **1.4. Hechos considerados como fraude de ley.**

La cuestión en este punto reside en el caos de la situación jurídica actual en lo que respecta a la doctrina, la ley y la práctica real. Esto se puede extraer claramente de nuestro supuesto de hecho ya que cada día se inscriben de manera automática en los registros consulares españoles en el extranjero una gran cantidad de niños que nacen mediante esta técnica; en el caso de nuestro supuesto práctico en Grecia. Esto supone el reconocimiento por la vía del hecho de todo lo contrario a lo establecido en nuestra legislación, jurisprudencia y doctrina.

Los hechos expuestos en este supuesto pueden llegar a ser considerados fraude de ley. Efectivamente, la realización en nuestro país de actos preparatorios o complementarios de esta técnica reproductiva no admitida en nuestro ordenamiento jurídico puede considerarse que han sido ejecutados en fraude de ley cuya consecuencia, cuando así se demuestra, es la aplicación de la norma que se ha tratado de eludir.

Por consiguiente, es importante destacar que existe una imposición de comportamientos jurídicos como legítimos gracias a esta vía de hecho; que se hace extensible a efectos de derechos laborales que sirven de amparo para las bajas por maternidad, permisos de lactancia etc.

Traemos a colación en este punto la STS de 6 de febrero de 2014<sup>6</sup>, la cual no hace una mención literal al término fraude de ley, pero sin embargo se entiende que este elemento está presente en la voluntad de los progenitores con la intención de eludir la efectiva prohibición de nuestro país y así lograr beneficiarse de la aplicación de la ley extranjera. A esta cuestión alude el art. 12.4 CC para los casos internacionales y, en general, el art. 6.4 CC. El primero expone que *se considerará como fraude de ley la utilización de una norma*

---

<sup>6</sup> [Roj: STS 247/2014 - ECLI:ES:TS:2014:247].

*de conflicto con el fin de eludir una ley imperativa española; el segundo enuncia que 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 impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir.*

Todo indica que las protagonistas de nuestro supuesto de hecho, Doña Rocío L. M. y doña Lola F. R., están evitando la aplicación de normas imperativas españolas como consecuencia de su huida de este lugar, prohibitivo en materia de gestación subrogada, a otro país, Grecia, en cuyo ordenamiento jurídico se permite fijar la filiación para estos casos.

Es menester indicar una serie de puntos necesarios para poder hablar de fraude de ley. Debe darse una utilización voluntaria de una regla de conflicto, esto es, el cambio de ley aplicable pasa por una actuación concebida para obtener la aplicación de una ley distinta a la habitualmente competente. También tiene que haber una intención de escapar a una disposición imperativa de la ley.

Podemos concluir que las personas que tienen su residencia habitual en España y se dirigen a otros países para celebrar este contrato de maternidad subrogada, el cual está prohibido en España y es nulo de pleno derecho, supone un fraude de ley, y estamos ante un acto fraudulento inoponible en España.

### **1.5. Incumplimiento contractual.**

Debemos partir de la base, como hemos indicado con anterioridad, que estamos ante un contrato nulo, por tanto, la filiación queda determinada por el parto.

Por consiguiente, no se deriva obligación alguna, por parte de la mujer gestante, de entrega del nacido tras el parto. Tampoco podría hablarse de obligación de indemnizar al contratante en caso de incumplimiento, ello incluso en los supuestos en los que se hubiese llegado a entregar determinadas cantidades por razón de la gestación.

Es una cuestión muy relevante determinar qué acciones legales amparan a aquellas personas que celebran un contrato de gestación por sustitución. Además del propio contrato de gestación, debemos tener presente el contrato suscrito con las empresas o agencias que prestan servicios de intermediación entre los futuros padres y la gestante.

A la hora de valorar la ley que rige, debemos tener en cuenta que, por una parte, si se aplicara la Convención de Roma sobre ley aplicable a obligaciones contractuales<sup>7</sup> o el Reglamento de Roma I<sup>8</sup> los contratos de gestación estarán sometidos a la ley del estado con el que el contrato guarda mayores nexos, y como contrato de servicios, para este tipo de contratos prima la ley del domicilio de la gestante.

Por otra parte, si optamos por la postura de no aplicar ni el Convenio ni el Reglamento al contrato de gestación, traemos a colación el art. 10.5 CC que dispone que *se aplicará a las obligaciones contractuales la ley a que las partes se hayan sometido expresamente, siempre*

---

<sup>7</sup> Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980.

<sup>8</sup> Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I).

*que tenga alguna conexión con el negocio de que se trate; en su defecto, la ley nacional común a las partes; a falta de ella, la de la residencia habitual común, y, en último término, la ley del lugar de celebración del contrato.* Dicho esto, lo realidat más común es que el contrato se rija por la ley del lugar de celebración del contrato.

Si se aplica la normativa española, toda reclamación para hacer cumplir alguna de las obligaciones dimanantes del referido contrato de gestación se verían abocados al fracaso.

En el campo de la normativa extranjera, tratándose de un país con una legislación que acepta el contrato de gestación y que presenta un ordenamiento jurídico extranjero y sistema judicial homologable al español y sin que ello suponga una grave colisión con el orden público español, existen muchas opciones de que la sentencia que decide sobre una reclamación fundada en un contrato de gestación, pueda llegar a desplegar plenos efectos en España.

Expuesto todo lo anterior, la posición que prima es la que afirma que no existe incumplimiento contractual por parte de D.<sup>a</sup> Lola tal y como sostiene D.<sup>a</sup> Rocío como consecuencia de la solicitud de la prestación por maternidad por parte de la primera; esto es debido a la nulidad del contrato, por lo tanto no produce efectos, se tiene como no realizado y no podríamos hablar de un incumplimiento de un contrato que no ha suscitado efectos.

## II. ¿Es válida la inscripción registral del menor? ¿A quién ha de reconocer el ordenamiento jurídico español como madre del menor?

### **2.1. Validez de la inscripción registral del menor y reconocimiento de la filiación.**

Partiendo de la base de que la subrogación no está permitida en nuestro país, los ciudadanos recurren a esta técnica en otros países extranjeros. La cuestión a nivel nacional radica en la inscripción registral y reconocimientos de la filiación, la cual está determinada en virtud de la legislación del otro país permisivo con esta práctica que trae consigo el reconocimiento de efectos legales a la renuncia de filiación de la madre gestante en beneficio del comitente.

Antes de entrar de lleno en la materia objeto de estudio en este punto, conviene indicar que el criterio de localización no importa, importa el criterio orgánico ya que son autoridades españolas, pero que están en Grecia. Por proximidad se hace en Grecia, para darle protección jurídica al hijo. En este supuesto, la autoridad consular española en Grecia tiene que dar traslado en España, por consiguiente debe superar el trámite de reconocimiento de documento público extranjero. Podemos afirmar que no importa el lugar, importa la autoridad.

Dicho esto, por una parte, la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado<sup>9</sup> (en adelante DGRN) 5.10.2010 destaca por establecer como requisito para la inscripción del nacimiento del menor, la exigencia de resolución judicial dictada en el país de origen.

Con anterioridad, es obligado traer a colación la RDGRN de 18 de febrero de 2009. En este caso, una pareja de varones españoles solicitaron la inscripción en el Registro Civil de dos nacimientos de mellizos en California; estas personas lo que aportaron fue la certificación registral extranjera. No es menester, según mi modesta opinión, ser en exceso sagaz y perspicaz para deducir que la pretensión de la pareja se basa en la determinación a su favor de la filiación; en este caso esta parte alegó el ajuste al orden público internacional español, la igualdad entre hijos adoptados, la igualdad de sexo entre mujeres y hombres, la protección del interés superior de los menores y su derecho a una identidad única válida universalmente. Esta resolución admitió la pretensión de los dos varones.

La DGRN estimó el recurso interpuesto contra el auto del Encargado del Registro civil consular de España en Los Ángeles (California), el cual denegaba a una pareja de varones homosexuales españoles la inscripción de nacimiento y filiación de los niños nacidos en San Diego mediante gestación subrogada. Cabe indicar que junto con la solicitud, se aportaron una serie de documentos tales como certificados de nacimiento de los menores y de los promotores, así como el libro de familia con inscripción matrimonial del año 2005.

El Encargado del Registro Civil Consular denegó la solicitud de los interesados puesto que trajo a colación el art. 10 LTRHA. Por el contrario, la DGRN se posicionó indicando que la inscripción en el RC español del nacimiento del español acaecido en el extranjero puede tener lugar a través de la correspondiente declaración del sujeto o a través de la presentación de una certificación registral extranjera en la que conste el nacimiento y la filiación del nacido.

---

<sup>9</sup> Nueva denominación: Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (DGSJFP).

Sobre la certificación registral extranjera, se deben aplicar las normas específicas de nuestro derecho en materia de acceso a esas certificaciones, traemos a colación el art. 81 del Reglamento del Registro Civil (en adelante 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.*

Es decir, estamos ante una cuestión de validez extraterritorial de decisiones extranjeras en España. Aplicar el citado precepto supone la exclusión de la utilización de las normas españolas de conflicto de leyes, estamos hablando del art. 9.4 CC, así como también de la aplicación de la LTRHA. Estas normas serían aplicables para los supuestos de que surgen ante las autoridades españolas sin que haya sido dictada una “decisión” por autoridad pública extranjera.

Por tanto, la DGRN fundamenta que son de aplicación las normas jurídicas que regulan el acceso al Registro Civil español de las certificaciones registrales extranjeras, esto es, el citado art. 81 RRC en contra de las normas de conflicto españolas y las normas sustantivas españolas determinantes de la filiación.

Dicho lo anterior, aseveramos que no podemos etiquetar esta argumentación como una cuestión de legalidad de la práctica de uso de "madres de alquiler" sino de validez de la documentación aportada por los progenitores. Queda clara la posición argumentativa en la resolución al afirmar literalmente que las certificaciones registrales extranjeras deben superar, naturalmente, un control de legalidad, pero dicho control de legalidad no consiste en exigir que la autoridad registral extranjera haya resuelto el caso de modo idéntico a como lo habría resuelto una autoridad registral española.

El Ministerio Fiscal (en adelante MF) interpuso una demanda contra la citada resolución, la cual fue estimada por el Juzgado de Primera Instancia nº15 de Valencia, Sentencia de 15 de septiembre de 2010<sup>10</sup>. Esta sentencia dejó sin efecto la inscripción, ordenando su cancelación. Se argumentó que el art. 81 del RRC está supeditado a lo dispuesto en el art. 23 de la Ley del Registro Civil (en adelante LRC); este último dispone que la inscripción puede practicarse, sin necesidad de previo expediente, por certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros, pero siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la legislación española. En este supuesto, se sabía a ciencia cierta que la filiación estaba certificada.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 23 de noviembre de 2011 (en adelante SAP)<sup>11</sup> coincide con la de Primera Instancia al indicar que ni el art. 81 del RRC, ni el art. 85 pueden ser invocados por contrariar lo establecido en el art. 23 de la LRC apoyando su argumentación en el principio constitucional de jerarquía normativa. Esta sentencia además afirmó que el reconocimiento de la decisión registral extranjera en nuestro Estado presenta obstáculos importantes.

---

<sup>10</sup> [Roj: SJPI 25/2010 - ECLI:ES:JPI:2010:25].

<sup>11</sup> [Roj: SAP V 5738/2011 - ECLI:ES:APV:2011:5738].

Como indicamos con anterioridad, la DGRN decidió aclarar la cuestión referida a la posibilidad de inscripción de los nacimientos por gestación subrogada, a través de la ya mencionada Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución<sup>12</sup>.

*La Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, establece en su artículo 10.1 que será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. Para estos casos, en el párrafo segundo de dicho precepto se prevé que la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.*

*Esta previsión legal contempla la posibilidad de atribuir la paternidad del nacido mediante esta técnica, por los medios ordinarios regulados en nuestra legislación, permitiendo la inscripción del menor en el Registro Civil. En efecto, el artículo 10.3 de la Ley 14/2006, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, permite el ejercicio tanto de la acción de reclamación de la paternidad correspondiente al hijo como la de reclamación por parte del padre biológico de la filiación paterna. Las acciones a las que se refiere el precepto referido son las generales de determinación legal de la filiación, reguladas en los artículos 764 y siguientes de la LEC, siendo competentes los Tribunales españoles, en virtud de los criterios sobre competencia judicial internacional fijados en el 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.*

*Pese a que, como se ha indicado, la legislación española regula otras vías legales que permiten la atribución de paternidad del nacido, ante esta Dirección General ciudadanos españoles han interpuesto recurso contra resoluciones de distintos encargados de Registros civiles consulares, que deniegan la inscripción del nacimiento de niños nacidos en el extranjero de madres gestantes que, en virtud de un contrato de gestación de sustitución, han renunciado a su filiación materna.*

*Esta Dirección General ya dictó una Resolución fechada el 8 de febrero de 2009 en la que se ordenaba la inscripción en el Registro Civil de un nacido como consecuencia de un contrato de gestación por sustitución. La inscripción registral practicada en ejecución de la referida Resolución ha sido recurrida en sede judicial.*

*Atendiendo a la finalidad de dotar de plena protección jurídica el interés superior del menor, así como de otros intereses presentes en los supuestos de gestación por sustitución, resulta necesario establecer los criterios que determinen las condiciones de acceso al Registro Civil español de los nacidos en el extranjero mediante esta técnica de reproducción asistida. Dicha protección constituye el objetivo esencial de la presente Instrucción, contemplado desde una perspectiva global, lo que comporta, al menos, abordar tres aspectos igualmente importantes: en primer lugar, los instrumentos necesarios para que la filiación tengan acceso al Registro Civil español cuando uno de los progenitores sea de nacionalidad española, como vía de reconocimiento a efectos registrales de su nacimiento; en segundo lugar, la inscripción registral en ningún caso puede permitir que con la misma se dote de apariencia de legalidad supuestos de tráfico internacional de menores y; en tercer lugar, la exigencia de que no se haya vulnerado el derecho del menor a conocer su origen biológico, según se expresa en el artículo 7, número 1, de la Convención sobre los*

---

<sup>12</sup> BOE Núm. 243 Jueves 7 de octubre de 2010 Sec. I. Pág. 84803.

*Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, 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.*

*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.*

*Dentro de las competencias de ordenación y dirección que ostenta la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre los Registros civiles en virtud de las atribuciones que le confiere el artículo 9 de la Ley del Registro Civil y 41 del Reglamento del Registro Civil, mediante la presente Instrucción se fijan las directrices para la calificación de los Encargados del Registro Civil en relación con las solicitudes de inscripción de nacimiento formuladas por ciudadanos españoles, de los menores nacidos en el extranjero como consecuencia del uso de técnicas de gestación por sustitución. A estas directrices deberá ajustarse la práctica registral en esta materia en beneficio de su conveniente uniformidad y de la deseable seguridad jurídica.*

*Para garantizar la protección de dichos intereses, la presente Instrucción establece como requisito previo para la inscripción de los nacidos mediante gestación por sustitución, la presentación ante el Encargado del Registro Civil de una resolución judicial dictada por Tribunal competente. La exigencia de resolución judicial en el país de origen tiene la finalidad de controlar el cumplimiento de los requisitos de perfección y contenido del contrato respecto del marco legal del país donde se ha formalizado, así como la protección de los intereses del menor y de la madre gestante. En especial, permite constatar la plena capacidad jurídica y de obrar de la mujer gestante, la eficacia legal del consentimiento prestado por no haber incurrido en error sobre las consecuencias y alcance del mismo, ni haber sido sometida a engaño, violencia o coacción o la eventual previsión y/o posterior respeto a la facultad de revocación del consentimiento o cualesquiera otros requisitos previstos en la normativa legal del país de origen. Igualmente, permite verificar que no existe simulación en el contrato de gestación por sustitución que encubra el tráfico internacional de menores.*

*El requisito de que la atribución de filiación deba basarse en una previa resolución judicial tiene su fundamento en la previsión contenida en el artículo 10.3 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida humana que, a través de la remisión a las reglas generales sobre determinación de la filiación, exige el ejercicio de acciones procesales y la consecuente resolución judicial para la determinación de la filiación paterna de los menores nacidos como consecuencia de gestación por sustitución. Con la presente Instrucción se protege el interés del menor, facilitando la continuidad transfronteriza de una relación de filiación declarada por Tribunal extranjero, siempre que tal resolución sea reconocida en España.*

*En relación con el reconocimiento de la resolución que determina la filiación del menor, dictada por Tribunal extranjero, la presente Instrucción incorpora la doctrina plenamente consolidada por el Tribunal Supremo. De acuerdo a esta doctrina, serán de aplicación los artículos 954 y siguientes de la LEC 1881, preceptos que mantuvieron su vigencia tras la entrada en vigor de la LEC 2000, en virtud de los cuales, será necesario instar el exequátur de la decisión ante los Juzgados de Primera Instancia, tal y como señala el artículo 955 de la LEC 1881 tras la reforma operada por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre de medidas, fiscales, administrativas y del orden social. No obstante, en aquellos casos en los que la resolución judicial derive de un procedimiento equiparable a un procedimiento español de*



*jurisdicción voluntaria, el Tribunal Supremo ha proclamado en numerosas ocasiones, que su inscripción no queda sometida al requisito del exequátur, bastando a tales efectos con el reconocimiento incidental de la resolución como requisito previo a su inscripción.*

*En definitiva, si el encargado del Registro Civil considera que la resolución extranjera fue dictada en el marco de un procedimiento jurisdiccional de naturaleza contenciosa, denegará la inscripción de la resolución, al requerirse previamente el exequátur de ésta de acuerdo a lo establecido en la LEC. Por el contrario, si estima que la resolución extranjera tiene su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria controlará incidentalmente si la resolución puede ser reconocida en España, como requisito previo a su inscripción.*

*En los casos en los que se solicite la inscripción del nacido en el extranjero mediante gestación por sustitución sin que se presente una resolución que determine la filiación, reconocible incidentalmente o por exequátur, el encargado del Registro Civil denegará la inscripción. Ello no impedirá que el solicitante pueda intentar dicha inscripción por los medios ordinarios regulados en el artículo 10.3 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana y artículos 764 y siguientes de la LEC.*

*En consecuencia, esta Dirección General, en ejercicio de las competencias que le vienen atribuidas por el artículo 9 de la Ley del Registro Civil, 41 de su Reglamento y 7 del Real Decreto 1125/2008, de 4 de junio, ha acordado establecer y hacer públicas las siguientes directrices:*

*Primera.—1. La inscripción de nacimiento de un menor, nacido en el extranjero como consecuencia de técnicas de gestación por sustitución, sólo podrá realizarse presentando, junto a la solicitud de inscripción, la resolución judicial dictada por Tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido.*

*2. Salvo que resultara aplicable un Convenio internacional, la resolución judicial extranjera deberá ser objeto de exequátur según el procedimiento contemplado en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. Para proceder a la inscripción de nacimiento deberá presentarse ante el Registro Civil español, la solicitud de la inscripción y el auto judicial que ponga fin al mencionado procedimiento de exequátur.*

*3. No obstante lo anterior, en el caso de que la resolución judicial extranjera tuviera su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, el encargado del Registro Civil controlará incidentalmente, como requisito previo a su inscripción, si tal resolución judicial puede ser reconocida en España. En dicho control incidental deberá constatar:*

*a) La regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualesquiera otros documentos que se hubieran presentado.*

*b) Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española.*

*c) Que se hubiesen garantizado los derechos procesales de las partes, en particular, de la madre gestante.*

*d) Que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante. En especial, deberá verificar que el consentimiento de esta última se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia y que tiene*

*capacidad natural suficiente.*

*e) Que la resolución judicial es firme y que los consentimientos prestados son irrevocables, o bien, si estuvieran sujetos a un plazo de revocabilidad conforme a la legislación extranjera aplicable, que éste hubiera transcurrido, sin que quien tenga reconocida facultad de revocación, la hubiera ejercitado.*

*Segunda.– 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 otra parte, la ya mencionada STS 6.2.2014 opta por la negación de la inscripción de filiación de dos menores como consecuencia de la contrariedad con el orden público español al estar determinada por la celebración de un contrato por gestación por sustitución. Esta sentencia dejó sin efectos los argumentos de la DGRN. Expone que *es necesario que no sea contraria al orden público internacional español, entendido como el sistema de derechos y libertades individuales garantizados en la Constitución y en los convenios internacionales de derechos humanos ratificados por España, y los valores y principios que estos encarnan. Infracción de normas destinadas a evitar que se vulneren la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizando la gestación y la filiación, "cosificando" a la mujer gestante y al niño, permitiendo a determinados intermediarios realizar negocio con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza y creando una especie de "ciudadanía censitaria" en la que solo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría de la población. Inexistencia de trato discriminatorio. La razón de la denegación de la inscripción de la filiación no es que la misma estuviera determinada a favor de un matrimonio de dos varones, sino que estaba determinada por la celebración de un contrato de gestación por sustitución. Interés superior del menor. Concepto jurídico indeterminado que en casos como este tiene la consideración de "concepto esencialmente controvertido" al expresar un criterio normativo sobre el que no existe unanimidad social. La aplicación de la cláusula general de la consideración primordial del interés superior del menor no permite al juez alcanzar cualquier resultado. La concreción de dicho interés del menor debe hacerse tomando en consideración los valores asumidos por la sociedad como propios, contenidos tanto en las reglas legales como en los principios que inspiran la legislación nacional y las convenciones internacionales, no los personales puntos de vista del juez; sirve para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma. Debe ponderarse con los demás bienes jurídicos concurrentes, como son el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, evitar la explotación del estado de necesidad en que pueden encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza, o impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación. La protección del interés superior de los menores no puede fundarse en la existencia de un contrato de gestación por sustitución y en la filiación a favor de los padres intencionales que prevé la legislación de California, sino que habrá de partir, de ser ciertos tales datos, de la ruptura de todo vínculo de los menores con la mujer que les dio a luz, la existencia actual de un núcleo familiar formado por los menores y los recurrentes, y la paternidad biológica de alguno de ellos respecto de tales menores.*

A lo anterior, debemos añadir que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) (Mennesson c. Francia y Labassee c. Francia) no asume los postulados de nuestro

alto tribunal puesto que se alega que la resolución de estos supuestos debe hacerse tomando en consideración el criterio del interés superior del menor.

Cabe indicar que la Gran Sala del TEDH dictó la Sentencia de 24 de enero de 2017 (asunto Paradiso y Campanelli c. Italia nº 25358/12) que versa sobre la posible vulneración del derecho a la vida y a la intimidad familiar, por la retirada y entrega de un menor nacido en Rusia por subrogación, de nueve meses de edad. Entre los comitentes italianos y el menor no existía ningún vínculo biológico. Estos recurrieron por la retirada del menor y su entrega a las autoridades italianas y por el no reconocimiento de la relación paternofamiliar.

La Gran Sala consideró que la actuación de las autoridades nacionales no vulnera el art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales alegando que no existe interferencia en la vida familiar de los comitentes y la injerencia en su vida privada se encuentra justificada. Por tanto, la invocada vulneración del art. 8 del Convenio debe ser rechazada.

## **2.2. Determinación de la maternidad y reconocimiento por el ordenamiento jurídico español como madre del menor.**

En general los ordenamientos jurídicos, como sucede en el caso español, rechazan la licitud de esta técnica de maternidad y la prohíben o no otorgan ningún tipo de efecto en materia de filiación, considerando madre jurídica a la madre gestante.

Como hemos venido exponiendo lo largo de este estudio, la filiación de los hijos nacidos por gestación subrogada viene determinada por el parto, aquí es donde entra el juego el aforismo jurídico romano *mater semper certa est*, cuya connotación pasa por considerar que la madre es quien da a luz al recién nacido. Por tanto, jurídicamente hablando, existe la presunción de Derecho de que la madre es la que alumbró al hijo, esto es, la que da a luz mediante el parto.

No obstante, esta máxima del Derecho romano clásico, que no admitía prueba en contrario (porque hasta hace poco más de 30 años se desconocían las técnicas de reproducción médicamente asistida), es indudable que en la actualidad presenta un escenario diferente en cuanto a presunción.

En este ámbito, la normativa española se alinea con las legislaciones de otros países, como Francia o Italia, que tampoco admiten la gestación subrogada. La nulidad en estos países del contrato de gestación por sustitución, como sucede en España, supone que la filiación se determinará por el parto; por tanto, legalmente ha de considerarse siempre como madre a la gestante, y no a la biológica (en el caso de que ésta sea distinta de aquélla).

Dicho lo anterior, en nuestro supuesto de hecho, el ordenamiento jurídico español ha de reconocer como madre del menor a D.<sup>a</sup> Lola.

### III. ¿Qué consecuencias penales, si las hubiere, podrían llegar a derivarse de los hechos descritos en el párrafo segundo del supuesto?

Abordando en este punto las posibles consecuencias penales relacionadas con la gestación subrogada, conviene partir de la idea conforme a la que la única sanción jurídico-penal, que se puede imponer a quienes participan de esta práctica reproductiva se encuentra prevista en los arts. 220<sup>13</sup> y 221<sup>14</sup> del CP, que regulan los supuestos de suposición de parto y alteración de la paternidad, estado o condición del menor. Solo cuando los sujetos intervinientes en el contrato de gestación por sustitución realizan las conductas prohibidas por estos preceptos se aplica la sanción jurídico-penal. Por consiguiente, la relevancia penal vendrá marcada por la realización de algún comportamiento subsumible en alguno de estos tipos penales y no por el hecho en sí de realizar el contrato atípico de gestación subrogada.

No existe ninguna sanción ni prohibición expresa de la gestación subrogada; el citado art. 221 CP no se refiere explícitamente a la gestación por sustitución, pero como aclaramos al comienzo de este trabajo, encaja perfectamente en este tipo penal la gestación subrogada comercial, onerosa o mediante pago.

En el debate doctrinal<sup>15</sup>, hay autores que consideran que se puede incluir dentro de este régimen sancionador también la gestación subrogada altruista puesto que en esta última modalidad, de alguna forma, también se realizan pagos, a modo de compensación económica, para asegurar el bienestar de la madre gestante y del embrión. Asimismo, el punto segundo de este artículo castiga a toda persona que reciba al menor y al intermediario, incluso si la entrega se realiza en un país extranjero. Dicho lo anterior, para los supuestos de gestación por sustitución en los que medie pago con la entrega del menor, todas las partes implicadas en el contrato podrían verse inmersas en un procedimiento judicial que conlleve sanciones.

---

<sup>13</sup>Artículo 220:

1. *La suposición de un parto será castigada con las penas de prisión de seis meses a dos años.*
2. *La misma pena se impondrá a quien ocultare o entregare a terceros una persona menor de dieciocho años para alterar o modificar su filiación.*
3. *La sustitución de un niño por otro será castigada con las penas de prisión de uno a cinco años.*
4. *Los ascendientes, por naturaleza o por adopción, que cometieran los hechos descritos en los tres apartados anteriores podrán ser castigados además con la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad que tuvieren sobre el hijo o descendiente supuesto, ocultado, entregado o sustituido, y, en su caso, sobre el resto de hijos o descendientes por tiempo de cuatro a diez años.*
5. *Las sustituciones de un niño por otro que se produjeran en centros sanitarios o socio-sanitarios por imprudencia grave de los responsables de su identificación y custodia, serán castigadas con la pena de prisión de seis meses a un año.*

<sup>14</sup> Artículo 221:

1. *Los que, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concurra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación, serán castigados con las penas de prisión de uno a cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a 10 años.*
2. *Con la misma pena serán castigados la persona que lo reciba y el intermediario, aunque la entrega del menor se hubiese efectuado en país extranjero.*
3. *Si los hechos se cometieren utilizando guarderías, colegios u otros locales o establecimientos donde se recojan niños, se impondrá a los culpables la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de las referidas actividades por tiempo de dos a seis años y se podrá acordar la clausura temporal o definitiva de los establecimientos. En la clausura temporal, el plazo no podrá exceder de cinco años.*

<sup>15</sup> Así lo recoge Marina Gómez Gómez en su estudio: *La gestación subrogada: un análisis desde una perspectiva comparativa y del sistema español de Derecho internacional privado.*

Entrando en el análisis del art. 221 CP, precepto del Derecho Penal que se refiere al tráfico de niños, descendientes o menores mediante una compensación económica, conviene indicar que presenta un tipo básico, la venta de niños (art. 221.1 CP). La comisión de este delito trae consigo la realización de las acciones de entrega del menor a otra persona que se haga cargo de él; la recepción del menor por esa otra persona y, también, mediante la labor de intermediación, aunque la entrega del menor se hubiese realizado en un país extranjero. Como se ha indicado anteriormente, en la transacción debe mediar compensación económica. Además la operación ha de cometerse eludiendo los procedimientos legales de guarda, acogimiento o adopción. A su vez, la acción tiene que realizarse con el fin de conseguir establecer una relación análoga a la de filiación entre el menor y la persona que lo recibe.

Por una parte, como sujetos activos señalamos a los padres o ascendientes, así como también se puede hacer extensible esta consideración para los casos de entrega de cualquier menor, aunque no concurra relación de filiación o parentesco alguna. Por otra parte, como sujeto pasivo incluimos al menor que se vende y al que se le modifica la filiación junto con la persona que ostente la patria potestad u otro vínculo afectivo análogo, siempre y cuando no intervenga en la operación.

Acerca de su penalidad, la comisión de este delito está castigada con la pena de prisión de uno a cinco años e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a diez años.

Abordando ahora el tipo de participación (art. 221.2 CP), resaltamos que el legislador pretende asignar a todos los intervinientes la misma pena. En este punto se incluye al intermediario y a quien desea ilegítimamente al menor. También se hace una referencia al elemento extranjero en el citado precepto; es importante ligar este análisis al art. 23.2<sup>16</sup> de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante LOPJ) para así poder considerar punible una determinada conducta.

El tercer y último punto del art. 221 CP se refiere a un tipo agravado, se trata del tráfico de niños mediando centros educativos o de acogida. De emplearse tales locales o establecimientos, a los responsables se les impondrá la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de las referidas actividades; la doctrina se posiciona entendiendo que la Ley, al no indicar que la imposición de esta pena sea a mayores de las previstas en el apartado primero del artículo, esta habría de imponerse de forma acumulativa a las allí previstas. Otra consecuencia sería la posibilidad de que el Tribunal, de forma facultativa, acuerde la clausura definitiva o temporal del establecimiento.

---

<sup>16</sup> Artículo 23.2 LOPJ:

*También conocerá la jurisdicción española de los delitos que hayan sido cometidos fuera del territorio nacional, siempre que los criminalmente responsables fueren españoles o extranjeros que hubieran adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho y concurrieren los siguientes requisitos:*

*a) Que el hecho sea punible en el lugar de ejecución, salvo que, en virtud de un Tratado internacional o de un acto normativo de una Organización internacional de la que España sea parte, no resulte necesario dicho requisito, sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados siguientes.*

*b) Que el agravado o el Ministerio Fiscal interpongan querrela ante los Tribunales españoles.*

*c) Que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena. Si sólo la hubiere cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajar proporcionalmente la que le corresponda.*

Expuesto todo lo anterior, dando respuesta a la cuestión de la existencia de consecuencias penales derivadas de los hechos en nuestro supuesto de hecho, de inicio se podría considerar la aplicación del art. 221 CP motivado por la extensión territorial ya que los hechos pueden ser castigados incluso habiéndose realizado en el extranjero, siendo Grecia en nuestro supuesto de hecho. Además, se castiga a quien entrega al hijo, al receptor del mismo y a los intermediarios en la operación. Y en última instancia, asumimos que la operación se realiza con el fin de conseguir establecer una relación análoga a la de la filiación.

Ahora bien, la aplicabilidad del precepto decae en su interpretación literal al incluir la exigencia de una transacción o compraventa del niño que se realice mediante compensación económica, pues esta cuestión no aparece recogida en nuestro supuesto de hecho.

También, se puede añadir que, como se explicó anteriormente, este precepto debe ser interpretado a través del ya mencionado art. 23.2 LOPJ acerca de su extensión territorial. El apartado a) de la disposición no guarda relación con la realidad de Doña Rocío y doña Lola F. R ya que son hechos que no son punibles en el lugar donde se ejecutan, es decir, en Grecia. Por tanto siguiendo esta interpretación, son conductas a las que no se les podría aplicar esta tipificación.

A modo de cierre de este apartado, se informa acerca de dos preceptos relevantes en esta materia. El art. 161 CP<sup>17</sup> establece las penas por practicar la reproducción asistida en una mujer sin su consentimiento. La gestación por sustitución no deja de encuadrarse dentro del campo de las técnicas de reproducción asistida. Conviene recordar que existe en nuestro ordenamiento jurídico un precepto dedicado a las sanciones en esta materia.

Para finalizar, el art. 390 CP<sup>18</sup> podría llegar a ser traído a colación en nuestro caso práctico debido a la inscripción del niño, por parte de D.<sup>a</sup> Rocío, como su propio hijo en el Registro Civil de la oficina Consular de España en Grecia; en el caso de que hubiese habido algún tipo de falsificación de documento público para llevar a cabo la inscripción.

---

<sup>17</sup> Artículo 161 CP:

*1. Quien practicare reproducción asistida en una mujer, sin su consentimiento, será castigado con la pena de prisión de dos a seis años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de uno a cuatro años.*

*2. Para proceder por este delito será precisa denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquélla sea menor de edad, persona con discapacidad necesitada de especial protección o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal.*

<sup>18</sup> Artículo 390 CP:

*1. Será castigado con las penas de prisión de tres a seis años, multa de seis a veinticuatro meses e inhabilitación especial por tiempo de dos a seis años, la autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de sus funciones, cometa falsedad: 1.º Alterando un documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial. 2.º Simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad. 3.º Suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido, o atribuyendo a las que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieran hecho. 4.º Faltando a la verdad en la narración de los hechos.*

*2. Será castigado con las mismas penas a las señaladas en el apartado anterior el responsable de cualquier confesión religiosa que incurra en alguna de las conductas descritas en los números anteriores, respecto de actos y documentos que puedan producir efecto en el estado de las personas o en el orden civil.*

## IV. ¿Tiene derecho D.<sup>a</sup> Rocío a la prestación de maternidad? ¿y D.<sup>a</sup> Lola?

### **4.1. Introducción a las prestaciones por maternidad en el Derecho español.**

Nos encontramos ante el análisis de las prestaciones por maternidad en el Derecho español. En este punto del TFG procederá valorar si D.<sup>a</sup> Rocío y D.<sup>a</sup> Lola tienen derecho a solicitar esta asistencia. Con anterioridad, conviene hacer una explicación a modo de una primera toma de contacto en líneas generales sobre la temática que ocupa este campo.

La Seguridad Social protege tanto la maternidad como la paternidad. Debemos indicar que las prestaciones por maternidad se encuentran reguladas actualmente en los arts. 177 y siguientes del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante LGSS), así como en el Capítulo II del Real Decreto (en adelante RD) 295/2009, de 6 de marzo (arts. 2 a 21), por el que se rigen las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.

En nuestro supuesto de hecho, recordamos que después de que las dos mujeres y el niño regresaran a España, ambas solicitaron la prestación de maternidad en calidad de madres biológicas. Se la concedieron a D.<sup>a</sup> Lola y se la denegaron a D.<sup>a</sup> Rocío, por entrar en contradicción con la solicitud previa de D.<sup>a</sup> Lola, así como por no encontrarse en ninguna de las situaciones previstas en el art. 177 de la LGSS<sup>19</sup>. Por consiguiente, D.<sup>a</sup> Rocío presenta reclamación administrativa y, al serle nuevamente denegada, interpuso una demanda contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social (en adelante INSS) ante el Juzgado de lo Social n.º 2 de A Coruña, reclamando el reconocimiento del derecho a la prestación por maternidad en calidad de madre biológica y legal del niño.

La posibilidad de acceder a las prestaciones por maternidad en los supuestos de nacimiento mediando contrato de gestación por sustitución, negada inicialmente por el INSS (como en nuestro supuesto de hecho), venía siendo objeto de diferentes interpretaciones por parte de los tribunales españoles del orden social. Efectivamente, en ocasiones se admitía el acceso a las prestaciones por maternidad como un mecanismo jurídico de protección del interés superior del menor, pero en otros casos se negaba esta posibilidad amparándose en la nulidad de pleno derecho del contrato de gestación subrogada. Esta cuestión será desarrollada en el presente estudio en los apartados consecutivos.

---

<sup>19</sup> El artículo 177 LGSS recoge las situaciones protegidas:

*A efectos de la prestación por nacimiento y cuidado de menor prevista en esta sección, se consideran situaciones protegidas el nacimiento, la adopción, la guarda con fines de adopción y el acogimiento familiar, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las comunidades autónomas que lo regulen, siempre que, en este último caso, su duración no sea inferior a un año, durante los períodos de descanso que por tales situaciones se disfruten, de acuerdo con lo previsto en los apartados 4, 5 y 6 del artículo 48 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, y en el artículo 49.a), b) y c) del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.*

## **4.2. Las prestaciones por maternidad en los tribunales sociales españoles y en la doctrina unificada.**

Expuesta esta disparidad de criterios, la Sala de lo Social del TS la analizó en su Sentencia de 19 de octubre de 2016<sup>20</sup>, aquí no se entró a examinar la cuestión referida al apreciar la falta de contradicción con la decisión de contraste. Esta cuestión ha sido resuelta a través de otras cuatro sentencias; son las Sentencias del Pleno de la Sala Cuarta, de 25 de octubre (rec. 3818/2015, ROJ: STS 5375/2016) y 16 de noviembre de 2016 (rec. 3146/2014, ROJ: STS 5283/2016), y dos Sentencias de 30 de noviembre de 2016 (rec. 3183/2015, ROJ: STS 5805/2016; y rec. 3219/2015, ROJ: STS 5801/2016).

Lo que debemos destacar es que en las citadas sentencias el TS atribuye ciertos efectos a la maternidad subrogada, como se indicó con anterioridad, apoyando su argumentación en el interés superior del menor, y concluyendo que los comitentes tienen derecho a las prestaciones por maternidad previstas en la Seguridad Social. Es decir, el TS reconoce a la gestación por sustitución como situación protegida por la prestación por maternidad, adopción o acogimiento.

El primer supuesto a analizar es el de Nueva Delhi, es sobre el que versa la primera sentencia (STS de 25 de octubre de 2016<sup>21</sup>). El solicitante de la prestación por maternidad era un varón español con dos hijas nacidas en ese lugar mediante subrogación. El INSS le denegó la prestación por maternidad y el interesado formuló demanda ante el Juzgado de lo Social, que desestimó la pretensión del actor. Desestimada la demanda en la instancia, la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña de 15 de septiembre de 2015<sup>22</sup> fue favorable al recurso de suplicación del actor y estimó la demanda, reconociendo a este el derecho a percibir la prestación de maternidad, así como el subsidio especial por cada hijo a partir del segundo durante el período de seis semanas inmediatamente posteriores al parto. Esta decisión fue confirmada por el TS gracias a una interpretación normativa integradora.

El profesor Flores Rodríguez<sup>23</sup> se refiere a esta sentencia del TSJC explicando que esta ayuda a comprender que las diferentes ramas del Derecho no pueden considerarse de forma aislada, ya que es necesario tener en cuenta aspectos que son objeto de estudio en diferentes ámbitos del Derecho, laboral y civil, que deben estudiarse conjuntamente. Esta cuestión alcanza mayor relevancia en relación con los derechos del trabajador y, especialmente, cuando se abordan los derechos y permisos reconocidos en el 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 (en adelante ET), muchos de ellos generados a partir de la especial relación de parentesco con las personas que los originan a partir de un suceso positivo o de un infortunio familiar. En esta sentencia lo que se solicitó fue el reconocimiento del derecho y abono de la prestación de maternidad que consiste en un subsidio equivalente al 100% de la base reguladora por el periodo de 18 semanas al tratarse de un parto múltiple, y el subsidio especial por cada hijo o menor acogido a partir del segundo igual que corresponda percibir al primero, durante 6 semanas inmediatamente posteriores al parto con efectos a la fecha de la petición.

---

<sup>20</sup> [Roj: STS 4837/2016 - ECLI:ES:TS:2016:4837].

<sup>21</sup> [Roj: STS 5375/2016 - ECLI:ES:TS:2016:5375].

<sup>22</sup> [Roj: STSJ CAT 8313/2015 - ECLI:ES:TSJCAT:2015:8313].

<sup>23</sup> El profesor Flores Rodríguez publicó un comentario en relación con la STSJ Cataluña en la revista LA LEY Derecho de Familia en su número 9 (enero-marzo 2016).



La segunda sentencia mencionada (STS de 16 de noviembre de 2016<sup>24</sup>), sobre el Supuesto de California, versa sobre una trabajadora que solicitó prestaciones por maternidad de dieciséis semanas, pero la Seguridad Social se lo negó, tras haber tenido un hijo en virtud de un contrato de gestación por sustitución. Esta mujer formuló demanda ante el Juzgado de lo Social, que la desestimó. Posteriormente interpuso un recurso de suplicación, y la Sala de lo Social del TSJ de Madrid de 7 de julio de 2014<sup>25</sup> lo desestimó. Contra la anterior sentencia la interesada formuló recurso de casación para la unificación de doctrina ante el TS, el cual fue estimado, por lo que casa y anula la sentencia recurrida y declara el derecho de la actora a percibir la prestación de maternidad durante 112 días.

La tercera sentencia que traemos a colación (STS de 30 de noviembre de 2016<sup>26</sup>) es la del Supuesto de Chicago. A un padre monoparental le fue reconocida la prestación por paternidad, pero solicitó también ante el INSS la prestación de maternidad correspondiente, conforme a lo establecido en el art. 48.4 ET. La sentencia del Alto Tribunal confirma la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Madrid de 17 de julio de 2015<sup>27</sup> en la que se reconocía el derecho a la citada prestación de maternidad, pero detrayendo el tiempo en que el demandante lucró prestación de paternidad.

Por último, el Supuesto de Riverside (STS de 30 de noviembre de 2016<sup>28</sup>). El solicitante es un varón, cuyo marido obtuvo la prestación de paternidad, interesando este la prestación de maternidad, denegada por el INSS y concedida por la STSJ de Cataluña de 1 de julio de 2015<sup>29</sup>, resolución confirmada por la citada STS.

### **4.3. Argumentos jurisprudenciales para el reconocimiento de las prestaciones por maternidad.**

Del anterior punto se constata el reconocimiento por el TS del derecho a la prestación por maternidad, fundamentado a través de varios argumentos, aunque no es menos cierto que estos no están exentos de votos particulares concurrentes y disidentes.

El primer argumento al que se alude en esta jurisprudencia es el del interés superior del menor. Esta idea se refuerza en que se parte del principio de que la protección dispensada por la Seguridad Social a la maternidad va más allá del descanso asociado al alumbramiento. En conclusión, el citado principio ha de servir para la interpretación de las normas referentes a la protección de la maternidad.

Otro pilar en el que se basa la argumentación reside en la interpretación de la doctrina del TEDH. El art. 8 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las

<sup>24</sup> [Roj: STS 5283/2016 - ECLI:ES:TS:2016:5283].

<sup>25</sup> [Roj: STSJ M 8383/2014 - ECLI:ES:TSJM:2014:8383].

<sup>26</sup> [Roj: STS 5805/2016 - ECLI:ES:TS:2016:5805].

<sup>27</sup> [Roj: STSJ M 8690/2015 - ECLI:ES:TSJM:2015:8690].

<sup>28</sup> [Roj: STS 5801/2016 - ECLI:ES:TS:2016:5801].

<sup>29</sup> [Roj: STSJ CAT 6998/2015 - ECLI:ES:TSJCAT:2015:6998].

Libertades Fundamentales<sup>30</sup>, interpretado por el Tribunal de Estrasburgo en el ya mencionado asunto *Mennesson y Labassee* contra Francia; aunque no se refiere a las prestaciones por maternidad, se tiene en cuenta para examinar la cuestión referente a la negativa de Francia a la inscripción en el Registro Civil de los menores y hace alusión al interés superior del menor, el cual debe guiar cualquier decisión.

Otra fundamentación la encontramos al hablar de las situaciones de necesidad protegidas por nuestro ordenamiento jurídico. La LGSS y el RD 295/2009 ignoran la contemplación de los supuestos de maternidad subrogada que "puede abordarse como una especie o subtipo reconducible a la categoría general". Se puede interpretar que la norma no es tan cerrada como para impedir cierta interpretación flexibilizadora en el sentido más favorable a la protección al menor, con independencia de su filiación, y de conciliación de vida familiar y laboral.

El siguiente argumento jurisprudencial para el reconocimiento de las prestaciones por maternidad pasa por considerar la ausencia de fraude de ley. Cuando se produce la integración del menor en el núcleo familiar, las prestaciones asociadas a la maternidad han de satisfacerse, salvo supuestos de fraude (tales como duplicidad de prestaciones por conflicto entre progenitores biológicos y subrogados), previo cumplimiento de los requisitos generales de acceso a las mismas.

Otra idea se refiere a que la nulidad de un contrato no implica necesariamente su ineficacia. Resulta muy interesante apreciar cómo se trae al debate la normativa laboral en la cual existen varios supuestos en que se reconocen ciertos efectos en casos de negocios jurídicos nulos. Ejemplificando esta tesis, mostramos el art. 9.2 ET que reconoce el derecho al salario por el tiempo ya trabajado al amparo de un contrato que resultase nulo; o el art. 220.3 LGSS, que regula la pensión de viudedad en ciertos casos de nulidad matrimonial.

Para ir finalizando con las ideas de apoyo, otra postura pasa por la aplicación de la analogía. Se considera que la posición de los comitentes es similar, en algunos casos, a la posición que ocupan los progenitores en procesos de adopción y acogimiento. Esta comparación justificaría la aplicación de la analogía y, en consecuencia, el reconocimiento de la prestación por maternidad a los padres intencionales, dándoles de esta forma el mismo trato que a los padres adoptivos.

En cuanto a la interpretación constitucional, el art. 39 de la Constitución Española<sup>31</sup> (en

---

<sup>30</sup> Hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 y ratificado por España. publicado en el BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979.

<sup>31</sup> Artículo 39 CE:

- 1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.*
- 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.*
- 4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.*

adelante CE) indica que obliga a los padres a prestar asistencia a los hijos habidos "dentro o fuera del matrimonio". De igual modo, la "protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación" recomienda no aumentar causas de exclusión ignoradas por la LGSS al establecer sus prestaciones; optando de esta forma por establecer que la protección a la familia y a la infancia, es una finalidad que ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa.

Unido a esto, sobre la discriminación por razón de filiación, la mencionada STS de 16 de noviembre de 2016, dispone que si no se otorga la protección por maternidad al menor nacido tras un contrato de gestación por subrogación, se produciría una discriminación por razón de su filiación, contraviniendo lo establecido en los arts. 14 y 39.2 de la CE.

#### **4.4. La posición de la Administración de la Seguridad Social a la luz de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo.**

La Administración de la Seguridad Social ha acatado la doctrina unificada de la Sala Cuarta del TS. Para la aplicación de la prestación por maternidad para los casos de gestación subrogada la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS<sup>32</sup> es la competente a la hora de establecer los criterios interpretativos que posibilitan a sus centros gestores adaptar de una manera uniforme las vigentes previsiones normativas a las particularidades de los hijos nacidos por gestación subrogada, aplicando la doctrina jurisprudencial social.

Los criterios interpretativos fueron fijados en la consulta 29/2016<sup>33</sup>, que ha sido objeto de una ampliación posterior por una nueva consulta 4/2017<sup>34</sup>.

La maternidad por subrogación no aparece expresamente contemplada en la norma, si bien es cierto que el precepto no distingue entre maternidad biológica o por sustitución. La Administración de la Seguridad Social admite como situación protegida el nacimiento de un hijo por gestación por sustitución en dos casos. En primer lugar, el contrato se debe haber celebrado en un país extranjero con arreglo a la legalidad de dicho país; por tanto, no podrá ser nulo el contrato en el país en que se suscribe; en nuestro supuesto el contrato se celebra en Grecia donde la maternidad subrogada es altruista y legal. En segundo lugar, es importante que el procedimiento para llevarlo a término se ajuste a la legalidad establecida en el mismo.

Por tanto, dicho esto, se excluyen de la prestación los supuestos de hijos gestados por sustitución dentro de España así como aquellos casos en los que se celebra un contrato de gestación por sustitución en un país extranjero que no permite la subrogación o en el que no se han cumplido los presupuestos que su ordenamiento jurídico dispone.

---

<sup>32</sup> Es el órgano encargado de la formulación de los criterios interpretativos, así como de la elaboración de proyectos normativos en materia de competencia de la Dirección General.

<sup>33</sup> Consulta 29/2016, de 29 de diciembre, sobre derecho al subsidio por maternidad previsto en el art. 177 LGSS, en los supuestos de hijos nacidos por gestación por sustitución con arreglo a la legalidad vigente en un país extranjero.

<sup>34</sup> Consulta 4/2017, de 2 de febrero.

Todo lo indicado es relevante para hacer una valoración acerca de si tiene derecho D.<sup>a</sup> Rocío a la prestación de maternidad y también D.<sup>a</sup> Lola. Por tanto, teniendo en cuenta la situación actual de las prestaciones de maternidad en España, el INSS de este modo, pasó a considerar que, a efectos de la prestación por maternidad prevista en el art. 177 LGSS, es también situación protegida el nacimiento de un hijo por gestación por sustitución en un país extranjero con arreglo a la legalidad de dicho país, siendo titular el trabajador que reúna los restantes requisitos con independencia del sexo. Se condiciona el reconocimiento a la necesaria inscripción de la filiación en el Registro Civil español, circunstancia que, como hemos visto, concurría en los supuestos analizados por el Tribunal Supremo.

Admitiendo la prestación para el caso de D.<sup>a</sup> Lola, debemos indicar que para el supuesto de D.<sup>a</sup> Rocío, de inicio esto no es trasladable con motivo de que en el supuesto de hecho se indica claramente que la solicitud de prestación de maternidad, a mayores de entrar en contradicción con la solicitud previa de D.<sup>a</sup> Lola, no se encuentra en ninguna de las situaciones previstas en el art. 177 LGSS (maternidad, la adopción, la guarda con fines de adopción y el acogimiento familiar). Además es muy reseñable que el mero acogimiento preadoptivo simple de un menor (art. 2.2 del RD 295/2009 de 6 de marzo<sup>35</sup>) ya constituye un hecho protegible a través de este tipo de prestaciones.

Si se opta por la apertura del elenco de supuestos protegidos, esto permite cierta flexibilidad interpretativa. Podría pensarse que la posición de los progenitores en los casos de maternidad subrogada es similar a la que, también como progenitores, ocupan aquéllos que se hallan en supuestos de adopción o acogimiento. De esta forma D.<sup>a</sup> Rocío podría tener derecho a la prestación de maternidad.

En materia de beneficiarios del subsidio, los casos de gestación por sustitución en los que solo está determinada la filiación de uno de los progenitores, y en los que, aunque figure como progenitora la madre biológica, la misma ha renunciado válidamente al ejercicio de la filiación o la patria potestad (supuesto de California), el progenitor comitente monoparental que disfrute del permiso por maternidad no podrá disfrutar además del permiso y correspondiente prestación por paternidad. En nuestro caso, sin embargo, el debate se plantea en que la prestación le es concedida a D.<sup>a</sup> Lola (quien gesta al niño) y denegada a D.<sup>a</sup> Rocío; había un acuerdo previo de renuncia por parte de la gestante<sup>36</sup> que se vio incumplido al solicitar D.<sup>a</sup> Lola la prestación de maternidad<sup>37</sup>.

---

<sup>35</sup> Artículo 22 Situaciones protegidas:

*1. A efectos de la prestación por paternidad, se consideran situaciones protegidas el nacimiento de hijo, la adopción y el acogimiento familiar, tanto preadoptivo como permanente o simple, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las comunidades autónomas que lo regulen, siempre que, en este último caso, su duración no sea inferior a un año, y aunque dichos acogimientos sean provisionales, durante el periodo de suspensión que, por tales situaciones, se disfruten, de acuerdo con lo previsto en el artículo 48.bis del Estatuto de los Trabajadores y durante el permiso por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, a que se refiere el artículo 49.c) del Estatuto Básico del Empleado Público, así como en virtud de lo dispuesto en la disposición adicional sexta de la Ley 2/2008, de 23 de diciembre. [...]*

<sup>36</sup> D.<sup>a</sup> 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.

<sup>37</sup> Ambas solicitan la prestación de maternidad, en calidad de madres biológicas.

#### **4.5. La posición del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.**

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) se pronuncia sobre los derechos reconocidos a las madres que han tenido hijos mediante maternidad subrogada en su Sentencia de 18 de marzo de 2014<sup>38</sup>. Dispuso que los Estados miembros no están obligados a otorgar un permiso de maternidad a una trabajadora que ha tenido un hijo mediante gestación por sustitución, incluso cuando la mujer puede amamantar a ese niño o lo amamanta efectivamente. El TJUE resolvió la cuestión prejudicial planteada interpretando los arts. 1, 2, 8 y 11 de la Directiva 92/85/CEE, 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 de lactancia, y los arts. 2 y 14 de la Directiva 2006/54/CE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, en el marco de una denegación de permiso retribuido a raíz del nacimiento de un niño a través de un convenio de gestación por sustitución.

Debemos indicar que esto también supone uno de los argumentos jurisprudenciales para el reconocimiento de las prestaciones por maternidad de nuestro TS (cuestión comentada en el punto 4.3) en referencia al carácter de mínimo que, a estos efectos, tiene el Derecho de la Unión Europea. De las diversas directivas comunitarias que influyen sobre el tema y de la sentencia citada anteriormente, se desprende que la cuestión examinada es ajena a las mismas. No es discriminatorio (ni por razón de sexo, ni por discapacidad) rechazar el permiso por maternidad o las prestaciones asociadas en estos casos. Ahora bien, tampoco es exigible lo contrario desde la perspectiva de la seguridad y salud laborales. Estas cuestiones no impiden que el ordenamiento jurídico español opte por la solución contraria como consecuencia del carácter de norma mínima que poseen las directivas.

---

<sup>38</sup> Asunto C-167/12.

- V. **¿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? ¿Cuáles serían las implicaciones éticas de esta regulación? ¿Sería posible justificar la gestación subrogada como un derecho humano reproductivo?**

### **5.1. Introducción a la cuestión.**

Entramos en la cuestión final del TFG. A lo largo de este estudio hemos desarrollado y analizado una serie de cuestiones relativas a la gestación subrogada tales como la validez del contrato, la inscripción registral, las posibles consecuencias penales derivadas de los hechos descritos en el supuesto de hecho y el derecho a la prestación por maternidad.

Todo lo enunciado anteriormente es de necesario conocimiento para poder abordar la cuestión actual ya que de lo expuesto se deriva la valoración acerca de si 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. Para responder a esta cuestión también debemos tener presente un pilar fundamental relativo a las implicaciones éticas de esta regulación. Por último, se plantea el tema referido a una posible justificación de la gestación subrogada como un derecho humano reproductivo.

### **5.2. Justificación de una regulación positiva de la gestación subrogada en España, al estilo de otros países de nuestro entorno como por ejemplo Portugal o Grecia.**

La gestación subrogada ha sido y continúa siendo un tema polémico sobre el que existe un amplio debate. Los argumentos, en contra y a favor de la maternidad subrogada, son amplios, desde que la legalización de estos contratos implicaría la comercialización encubierta de la capacidad reproductora de la madre gestante y podría perjudicar el equilibrio del concebido durante el embarazo, hasta la defensa del derecho a procrear y la solución a los problemas de esterilidad de los comitentes.

En la sociedad hay diversidad de opiniones al respecto porque son muchos los frentes que se abren cuando se habla de gestación subrogada ya que dicha técnica provoca conflictos éticos, jurídicos, psicosociales y antropológicos entre otros.

El disenso incluso se traslada hasta el ámbito lingüístico. En este sentido, a título de ejemplo, podemos observar que en ocasiones se transmiten a través de los vocablos los posicionamientos ideológicos que el emisor quiere transmitir refiriéndose a la práctica objeto de este trabajo; existe un conflicto dialéctico por su propio nombre, esta disparidad la vemos al referirse a esta práctica en múltiples formas como son gestación subrogada, vientre de alquiler (hay quienes proponen que se llame madre de alquiler, pues no solo se alquila el vientre), gestación por sustitución, gestación por subrogación, maternidad subrogada, subrogación uterina, gestación por procuración y gestación no materna. Es decir, la opción de un término u otro supone, también, un posicionamiento en favor o en contra con respecto a esta técnica de reproducción asistida. Quienes se posicionan en contra optan por el uso del término que evidencia lo que entraña esta práctica; en cambio, las posturas favorables a esta técnica prefieren fórmulas que hagan hincapié en la externalización del sistema reproductivo obviando su carácter contractual.

### 5.2.1 Motivos para aceptar una regulación positiva de la gestación subrogada en España.

Declarada esta disparidad de criterios, tomamos en cuenta primero las posturas favorables a esta práctica que se basan en reclamar que el legislador opte por modificar la legislación existente y permitir la maternidad subrogada.

El primer motivo para admitir esta técnica reside en la libertad reproductiva de las personas<sup>39</sup>. Se trata de una garantía para tomar decisiones racionales sobre la capacidad reproductiva de nuestros cuerpos para tener hijos o para no engendrar. Se define el contrato como justo y autónomo. El vector principal es el respeto a las decisiones individuales.

En segundo lugar, encontramos el respeto a la autonomía de la voluntad y a la libertad para realizar contratos. El derecho debería garantizar el cumplimiento de los acuerdos alcanzados entre las partes siempre y cuando las cláusulas contractuales sean acordes a la ley.

Otro argumento que se trae a colación es el derecho a la salud, fue desarrollado por la Organización Mundial de la Salud (en adelante OMS) y por la legislación española en la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva, como un derecho que implica un pleno bienestar, incluido el plano psíquico. Esto se traduciría en que el propio ordenamiento jurídico debería poner los medios para que las personas puedan tener hijos. Además, este derecho estaría relacionado con el derecho subjetivo a la reproducción.

El argumento, que descansa en el derecho al libre desarrollo de la personalidad, ayuda a completar los anteriores derechos y sirve para que las mujeres puedan, legalmente en España, acceder a las técnicas de reproducción asistida aún cuando no tengan pareja, incluso también parejas de hombres.

Sobre esto último, otro argumento favorable se dedica al colectivo de hombres homosexuales. Estos, si desean tener un hijo, deben recurrir a la adopción tradicional o a la acogida. La adopción (no solo para este colectivo), es un sistema que se contempla como una muy buena oportunidad tanto para padres como para hijos para poder disfrutar de una vida en familia. No podemos obviar que para poder adoptar hay muchísimas dificultades y trámites. Cada vez está más arraigada la idea de que de que existen distintos tipos de familias, y todos los modelos son igual de válidos. Entonces aceptando esta técnica, un hombre puede ser padre, sin necesidad de tener una pareja femenina.

Además, el fomento de la natalidad es un argumento clásico en pos de la regulación legal favorable de esta técnica, ya que provocaría un aumento del número de nacimientos, en un contexto en que las tasas de natalidad están por debajo del índice adecuado.

La postura teórica e idílica favorable a la maternidad subrogada se basa en que se trata de una decisión libre entre adultos que ejercen sus derechos y prerrogativas, sin perjudicarse ni perjudicar a terceros ya que todos los participantes y personas involucradas se suelen beneficiar de ella. En efecto, el niño que nace de dicho acuerdo no hubiera nacido si la práctica no se hubiera realizado; además es acogido por una familia que lo recibe con amor y que lo deseó profundamente; la pareja comitente logra acceder a la paternidad y tiene la posibilidad de dar amor y brindarle todos los cuidados necesarios a su hijo. Por último, se argumenta que la mujer portadora puede satisfacer sus deseos de ayudar a otras personas y obtener un beneficio, generalmente económico, a cambio de esa ayuda<sup>40</sup>.

---

<sup>39</sup> La CE no recoge explícitamente el término “derecho reproductivo”.

<sup>40</sup> American College of Obstetricians and Gynecologists. Committee on Ethics. Family building through gestational surrogacy. *Obstet Gynecol.* 2016; 127(3): p. 620-1.

### **5.3. Implicaciones éticas y motivos para rechazar una regulación positiva de la gestación subrogada en España.**

#### **5.3.1. Problemas éticos relacionados con la madre gestante.**

El primer problema, al que se alude para rechazar una regulación positiva de la subrogación uterina, es la cosificación de la madre gestante, este el quid de la cuestión. El contrato de gestación subrogada no resultaría éticamente aceptable ya que atenta contra la dignidad de la persona, esto es, atenta contra la dignidad de la mujer que gesta y además viola sus propios derechos. Se instrumentaliza y se cosifica a la mujer como mero organismo reproductor, puesto que se utiliza y se trata su cuerpo como una mercancía que se puede comprar y vender. Estaríamos hablando de una mercantilización o comercialización del cuerpo humano que no se limita a la mujer gestante, ya que también despliega efectos en las agencias especializadas en el proceso.

Esta mercantilización, instrumentalización, cosificación, discriminación, y disgregación de la mujer gestante, que atenta contra su propia dignidad, debe valorarse de acuerdo con el imperativo kantiano, la persona es un fin en sí misma, por lo que nunca debe ser tratada como un medio al servicio de fines ajenos. Immanuel Kant<sup>41</sup> señaló que las personas "no son meros fines subjetivos, cuya existencia, como efecto de nuestra acción, tiene un valor para nosotros, sino que son fines objetivos, esto es, seres cuya existencia es en sí misma un fin, y un fin tal que en su lugar no puede ponerse ningún otro fin para el cual debieran ellas servir como medios. Los seres racionales se llaman personas porque su naturaleza los distingue ya como fines en sí mismos, esto es, como algo que no puede ser usado meramente como medio, y, por tanto, limita en ese sentido todo capricho y es objeto de respeto". Aceptamos que los objetos pueden emplearse como medios al servicio de determinados fines; por el contrario, la persona, de acuerdo con su dignidad, debe ser considerada y tratada como un fin en sí misma a la que no hay que instrumentalizar para alcanzar fines que le son ajenos.

Otro motivo para rechazar una regulación positiva de la gestación subrogada versa sobre el cuerpo de la madre gestante como objeto de comercio. En los países en los que esta técnica está permitida, se practica mediante un contrato entre las partes. Así, el propio cuerpo de la madre, con todas sus implicaciones físicas, psíquicas, y emocionales, es objeto de una transacción comercial, generalmente económica, normalmente bien retribuida. Se trata, por tanto, de una "auto-mercantilización" de la función humana reproductiva, que éticamente no parece aceptable.

Muchas mujeres de países subdesarrollados han hecho de la gestación subrogada una forma de vida con motivo de sus altos beneficios económicos, superiores a los salarios que se perciben en esos países. Uno de los riesgos que se corren al aceptar esta práctica es que las mujeres con menos recursos se encuentran sobreexpuestas a posibles explotaciones.

No podemos obviar en las implicaciones éticas de esta regulación, la alusión a la rotura del apego materno-filial, estamos hablando de la relación afectiva y biológica que la madre experimenta hacia su hijo. Esta relación emocional se produce con los lazos de apego materno filial durante la gestación y por tanto son ajenos a las intenciones por las cuales el embarazo se promueva, esto afecta también a la forma altruista.

---

<sup>41</sup> Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres. 1785.



### 5.3.2. Problemas éticos relacionados con los niños nacidos por gestación subrogada.

Los argumentos en contra de la gestación por sustitución rechazan una regulación positiva motivado también por los efectos que se producen en los niños nacidos mediante esta técnica.

Primeramente, de nuevo, estamos ante la cosificación del niño gestado. El hijo es una persona, un sujeto de derechos. No se admite la consideración del hijo como un derecho ya que el menor no es una cosa u objeto de propiedad que sirve para satisfacer las necesidades de quien lo posea adquiriéndolo a través de una compra, esto supone una cosificación. Es importante tener presente que el deseo de ser padre no es un derecho y que ese deseo no se puede convertir en un derecho mediante pago.

Para continuar, se alega que los contratos de gestación subrogada podrían encubrir la compra-venta de niños llegando incluso a ser una manera para evitar una adopción burlando así los trámites y restricciones que existen, en algunos países, para que adopten parejas del mismo sexo.

Para concluir, se afirma que se atenta contra la dignidad del hijo nacido mediante esta práctica porque implicaría para este tener un mínimo de dos posibles madres: la gestante y la biológica o incluso, la posibilidad de tener tres madres: la comitente, la gestante y la donante del óvulo. Esta cuestión abre el debate acerca del derecho legítimo del menor de conocer su origen biológico como sucede en el caso de la adopción pero no en el caso de donación anónima de gametos.

Conviene destacar, además de todo lo indicado en los apartados anteriores, que la gestación subrogada puede causar a la mujer problemas médicos que pueden afectar a la mujer gestante, problemas que plantea la selección de las madres subrogadas (cosificación de la mujer al catalogarla como aceptable por algunas condiciones físicas) y necesidad de garantizar el consentimiento informado de las madres gestantes.

Para el niño, además encontramos problemas médicos que pueden afectar a los niños nacidos por subrogación, problemas que puede plantear la posible discapacidad en los nacidos por subrogación, problemas que se pueden plantear si la pareja comitente se divorcia, problemas que puede plantear un embarazo gemelar de la mujer subrogada y dificultades para que el hijo pueda conocer su identidad genética.

### 5.4. Objeción de conciencia y problemas éticos de los facultativos que se responsabilizan de la subrogación.

La objeción de conciencia es un derecho a oponer excepciones al cumplimiento de deberes jurídicos cuando su cumplimiento implique una contravención de las convicciones personales ya sean religiosas, morales o filosóficas<sup>42</sup>.

---

<sup>42</sup> Definiciones extraídas del Diccionario panhispánico del español jurídico.

Por tanto, la libertad de conciencia es una facultad de tener y manifestar las convicciones interiores que fundamentan los actos personales (obrar o no obrar, hacer esto o aquello, ejecutar por sí mismo acciones deliberadas), de acuerdo con el juicio de la propia razón por el que se reconoce la cualidad moral de tales acciones, sin ser inquietado por los demás o por la autoridad pública.

Nuestra Constitución no reconoce de forma expresa la libertad de conciencia. Esta ausencia ha sido suplida por el Tribunal Constitucional (en adelante TC) al manifestar que la libertad de conciencia es una concreción de la libertad ideológica reconocida en el art.16 CE<sup>43</sup>.

La primera cuestión se refiere a si los obstetras o ginecólogos, que atienden la subrogación, están obligados a participar en los problemas que no sean de urgencia relacionados con la misma. En relación con ello, el Comité Ético del Colegio Americano de Obstetras y Ginecólogos (ACOG) ha dictaminado que no están obligados a responsabilizarse de un embarazo subrogado. Sin embargo, los facultativos, que estén a cargo de este tema, deberían tratarlo con la misma atención con la que tratan a cualquier otro paciente, con independencia de la complejidad que la subrogación materna pueda plantear y de sus creencias.

En España, la actualización del Código Deontológico recoge que la gestación por sustitución atenta contra la dignidad de la mujer. La edición provisional del Código de Deontología Médica (en adelante CDM), que actualizará la edición de 2011, recoge por parte de la Comisión Central de Deontología, Derecho Médico y Visado (en adelante CCD) de la Organización Médica Colegial (en adelante OMC), que la gestación subrogada resulta inadmisibile desde el punto de vista ético y deontológico.

El art. 79 CDM dispone expresamente que *la práctica de la gestación por sustitución es contraria a la Deontología Médica por considerarla un atentado contra la dignidad de la mujer y al bien superior del menor*<sup>44</sup>.

El actual CD<sup>45</sup>, de todas formas, recoge en su Capítulo XII que está dedicado a la reproducción humana, el art. 56 CD que enuncia que *las técnicas de reproducción asistida sólo estarán indicadas como métodos para resolver la infertilidad de la pareja una vez agotados los procedimientos naturales. El médico no debería promover la procreación artificial en mujeres que hayan alcanzado la menopausia natural y en todo caso después de los 55 años. El médico no debe fecundar más óvulos que aquellos que esté previsto implantar, evitando embriones sobrantes.*

En el caso de una regulación legal, esta afirmación puede plantear, por parte del médico, muchas objeciones de tipo ético en caso de participación en las maternidades subrogadas.

---

<sup>43</sup> El TC ofrece diversas interpretaciones sobre la naturaleza de la objeción de conciencia, resultando contradictoria su doctrina.

<sup>44</sup> CÓDIGO DE DEONTOLOGÍA MÉDICA. EDICIÓN PROVISIONAL. CCD;OMC. Versión actualizada 15/10/2018. Disponible en: [http://www.comteruel.org/documentos/2018\\_CodigoDeontologicoBorrador.pdf](http://www.comteruel.org/documentos/2018_CodigoDeontologicoBorrador.pdf)

<sup>45</sup> CÓDIGO DE DEONTOLOGÍA MÉDICA. GUÍA DE ÉTICA MÉDICA. Julio, 2011.. Disponible en: [https://www.cgcom.es/sites/default/files/codigo\\_deontologia\\_medica.pdf](https://www.cgcom.es/sites/default/files/codigo_deontologia_medica.pdf)

Tomando como referencia a Juan Antonio Pérez Artigues, Presidente de la Comisión de Deontología del Colegio de Médicos de Baleares y Vocal de la CCD-OMC, define la gestación por sustitución comercial como un contrato comercial contrario a la Deontología médica que atenta contra la dignidad de la mujer y del niño. Recoge que el consentimiento informado está mediatizado por la necesidad económica de la mujer, no es totalmente libre. Además dispone que el bebé que nace es objeto de transacción comercial, por tanto no se contempla la consideración del llamado interés superior del menor. Sobre la gestación por sustitución altruista, considera que no sería aceptable desde el punto de vista ontológico ya que el fin no siempre justifica los medios, máxime si ello implica lesiones a la dignidad y a los derechos de otros sujetos implicados, especialmente de las mujeres más vulnerables y los hijos.

Por otra parte, se deja abierta la posibilidad a una futura regulación legal, analizando cada caso en particular, en la que se podría aceptar desde la deontología la gestación por sustitución altruista en el caso de que fuera la última alternativa terapéutica en Terapias de Reproducción Humana Asistida, que nunca fuera aceptada por motivos estéticos o de comodidad, que hubiese un necesario control de un Comité de Ética Asistencial en el proceso ya que el Consentimiento Informado también podría estar mediatizado por presión de carácter emocional, que la madre subrogada tuviera ya descendencia con deseo genésico cumplido y con experiencia sobre los riesgos e inconvenientes del embarazo, que no aporta su óvulo para evitar vínculos genéticos con el recién nacido y por último, como todo acto médico, siempre se encontrará a disposición de los facultativos el derecho a acogerse a la objeción de conciencia tal como reconoce el CDM.

Sobre esto último que acabamos de indicar, cuestión a la que se hizo referencia al comienzo de este epígrafe, traemos a colación el Capítulo VI del CD<sup>46</sup>, el cual está dedicado a la objeción de conciencia. El art. 32 CD dispone en su apartado primero que *se entiende por objeción de conciencia la negativa del médico a someterse, por convicciones éticas, morales o religiosas, a una conducta que se le exige, ya sea jurídicamente, por mandato de la autoridad o por una resolución administrativa, de tal forma que realizarla violenta seriamente su conciencia*. En su apartado segundo se señala que *el reconocimiento de la objeción de conciencia del médico es un presupuesto imprescindible para garantizar la libertad e independencia de su ejercicio profesional. No es admisible una objeción de conciencia colectiva o institucional*.

### **5.5. La gestación subrogada como un derecho humano reproductivo.**

Comenzamos analizando la cuestión explicando con anterioridad que los derechos reproductivos son disposiciones jurídicas que protegen ciertos aspectos de la maternidad o de la paternidad, en la medida en que se considera de interés general su regulación. Encontramos en este punto las disposiciones que protegen la baja maternal de la mujer trabajadora, las regulaciones sobre reproducción asistida etc. Los derechos reproductivos no son fáciles de definir porque no están incluidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante DUDH). Ahora bien, una vez dicho esto, conviene advertir que aquí no se está proponiendo una norma jurídica que reconozca el derecho a ser padre o madre.

---

<sup>46</sup> CÓDIGO DE DEONTOLOGÍA MÉDICA. GUÍA DE ÉTICA MÉDICA. Julio, 2011.

Resulta más clarificadora la materia que estamos tratando relativa a los derechos reproductivos, pidiendo auxilio a la definición que encontramos en la Conferencia Mundial sobre la Población y el Desarrollo, celebrada en El Cairo, en el año 1994, donde se acuñó el término “derechos reproductivos” para designar al conjunto de derechos que tienen que ver con la salud reproductiva y más ampliamente con todos los derechos humanos relacionados con la reproducción humana. Se estableció que “Los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en leyes nacionales, documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos aprobados por consenso. Estos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y a disponer de la información y de los medios para ello, así como el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. También incluye el derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones o violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos.”<sup>47</sup>

Por tanto, dada la falta de consenso internacional sobre esta cuestión, parece que si no están claros los derechos humanos reproductivos para las cuestiones más generales, menos aún lo será para resolver los dilemas de la gestación subrogada.

En este punto, abordando el campo europeo, vamos a referirnos a dos resoluciones del Parlamento Europeo. La primera es el Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo (2014) y la política de la Unión Europea al respecto, en ella se establece la prohibición general de la maternidad por sustitución “Condena la práctica de la gestación por sustitución, que es contraria a la dignidad humana de la mujer, ya que su cuerpo y sus funciones reproductivas se utilizan como una materia prima; estima que debe prohibirse esta práctica, que implica la explotación de las funciones reproductivas y la utilización del cuerpo con fines financieros o de otro tipo, en particular en el caso de las mujeres vulnerables en los países en desarrollo, y pide que se examine con carácter de urgencia en el marco de los instrumentos de derechos humanos.”<sup>48</sup>

La segunda introdujo un cambio significativo, la lucha contra la trata de seres humanos en las relaciones exteriores de la Unión, “Condena la trata de seres humanos para la maternidad subrogada forzosa en la medida en que constituye una violación de los derechos de la mujer y de los menores; señala que la demanda se ve impulsada por los países desarrollados a expensas de personas pobres y vulnerables procedentes, a menudo, de países en desarrollo, y pide a los Estados miembros que analicen las implicaciones de sus políticas reproductivas restrictivas.”<sup>49</sup> Aquí podemos observar que se está haciendo referencia al grave problema de la internacionalización de los procesos de maternidad por sustitución.

En el plano nacional, el derecho a la reproducción humana no se encuentra expresamente reconocido en nuestra Constitución, si bien algunos autores sostienen su inclusión implícita en la misma en base al reconocimiento de la libertad, la dignidad humana, el libre desarrollo

---

<sup>47</sup> Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo. El Cairo, Egipto, 5–13 de septiembre, 1994.

<sup>48</sup> Unión Europea. Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo (2014) y la política de la Unión Europea al respecto (2015/2229(INI)).

<sup>49</sup> Unión Europea. La lucha contra la trata de seres humanos en las relaciones exteriores de la Unión. Texto aprobado 5 julio de 2016.

de la personalidad o el derecho a fundar una familia<sup>50</sup>. Ello supone que en el Ordenamiento jurídico español existe un derecho a la reproducción, integrado, por una parte, en el derecho fundamental a la libertad, con fundamento, además, en el valor libertad, en la dignidad humana y en el libre desarrollo de la personalidad y, por otra parte, protegido por el derecho a la intimidad personal y familiar que no puede ser restringido arbitrariamente o sin justificación suficiente. Además, el derecho a la reproducción encuentra una manifestación de rango legal en el reconocimiento del derecho a fundar una familia recogido en los textos internacionales de derechos incorporados a nuestro Ordenamiento jurídico<sup>51</sup>.

En cuanto al reconocimiento constitucional del derecho a la reproducción humana, la garantía constitucional de la intimidad personal y familiar, que sin duda ampara el derecho de toda persona a planificar su reproducción de ninguna manera impone el reconocimiento de un derecho fundamental de todos a procrear, por medio de técnicas de reproducción asistida, que vincule al legislador ordinario.

Partiendo de la premisa por la que basamos la posible existencia de este derecho subjetivo a la reproducción que reside en la libertad reproductiva de las personas, se ha de pensar quiénes son los titulares de dicho derecho. En este sentido una posible interpretación reside en que hay que defender el derecho a la igualdad de hombres y mujeres. En efecto, si se reconoce el derecho de la mujer a ser inseminada por los gametos de un donante, este planteamiento podría extenderse al derecho del hombre a solicitar a una mujer que aporte el óvulo y el útero para poder ser padre. De hecho, una pareja de mujeres puede, legalmente, acudir a las técnicas de reproducción asistida y, por tanto, tendríamos que pensar que una pareja de hombres también podría solicitarlas en base a su derecho a la no discriminación por razón de sexo. Para apoyar esta argumentación recurrimos a la aprobación de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el CC en materia de derecho a contraer matrimonio a personas del mismo sexo. Esto da lugar a que se amplíe el modelo de familia y por tanto, ha de ser objeto de reflexión si a estas parejas se les reconoce el derecho a la reproducción accediendo a todo tipo de técnicas de reproducción asistida, incluida, la gestación subrogada que es la única posibilidad de tener descendientes con un vínculo biológico. De esta forma, que puede interpretarse de alguna manera como un argumento a favor de la gestación subrogada, la traslación que esto tendría si se exigiera que al menos uno de los sujetos comitentes que solicita la maternidad subrogada, aporte los gametos (óvulos o espermia), o bien aportaran su embrión tendría como consecuencia evitar la compra-venta de niños.

Volviendo a la cuestión anterior, la Ley Orgánica (en adelante LO) de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo<sup>52</sup>, en su tercer precepto, dispone que *en el ejercicio de sus derechos de libertad, intimidad y autonomía personal, todas las personas tienen derecho a adoptar libremente decisiones que afectan a su vida sexual y reproductiva sin más límites que los derivados del respeto a los derechos de las demás personas y al orden público garantizado por la Constitución y las Leyes.*

---

<sup>50</sup> MARÍN GÁMEZ, J. A., Aborto y Constitución. Jaén. Universidad de Jaén. 1996.

<sup>51</sup> Afirmación de GÓMEZ SÁNCHEZ. (El derecho a la reproducción humana, op.cit., pp. 39 y ss).

<sup>52</sup> Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

Como sucede en nuestro ordenamiento jurídico con el resto de los derechos fundamentales, el derecho a la reproducción humana encuentra sus límites en el orden público y los derechos y libertades fundamentales de terceros. El debate que se genera se refiere a si la gestación subrogada podría considerarse como una facultad derivada del contenido positivo del derecho a procrear o si se trataría de una extralimitación en el ejercicio del mismo, al vulnerar el orden público o los derechos de los demás.

La doctrina mayoritaria sostiene que el derecho a la libertad, no legitima cualquier uso o destino que la persona quiera hacer de su cuerpo. El alquiler de útero vulnera la dignidad de la mujer gestante y del hijo nacido<sup>53</sup>. La dignidad de la persona vuelve a erigirse como argumento principal para rechazar la práctica de la gestación subrogada.

La problemática que deriva de la práctica de la gestación subrogada si se alega, casi unánimemente, la efectiva vulneración de la dignidad, tanto de la madre como del hijo gestado, es como consecuencia de la tendencia que supuestamente muestra este procedimiento a la cosificación de ambas partes.

Por tanto, no sería posible justificar la gestación subrogada como un derecho humano reproductivo. El derecho a procrear de la pareja o persona comitente podría quedar limitado por la protección de la dignidad de la mujer gestante en los casos en los que se impusiera coactivamente su implicación en la reproducción. Dicho esto, indicamos igualmente que no procede cuando la mujer decide libremente intervenir en el proceso generativo, puesto que, la libertad, la autonomía personal, constituye el ingrediente esencial de la dignidad.

---

<sup>53</sup> GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., El derecho a la reproducción humana, op.cit., p.142.

## CONCLUSIONES FINALES:

**I.** La técnica de maternidad subrogada es aquélla que permite el embarazo sin necesidad de que para ello exista cópula, se realiza a través de 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.

**II.** El contrato de gestación subrogada es nulo de acuerdo con el art. 10.1 de la 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.* Por tanto, el contrato realizado entre ambas mujeres no es válido a tenor de nuestra legislación vigente. Esta nulidad se ampara en la ilicitud de su objeto y causa (arts. 1271 y 1275 CC).

**III.** Determinar la nulidad del contrato de gestación por sustitución trae consigo la consecuencia de que la filiación se determinará por el parto, de manera que, ello supone que a efectos legales, ha de considerarse siempre como madre a la gestante, y no a la biológica (en el caso de que esta sea distinta de aquélla). Art. 10.2 de la LTRHA, *La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.*

**IV.** El principio del *favor filii*, hace referencia al concepto jurídico del interés superior del menor. Se trata de una regla que debe regir en todas las actuaciones, circunstancias y situaciones del Derecho de Familia.

**V.** Los hechos expuestos en este supuesto pueden llegar a ser considerados fraude de ley. Efectivamente, la realización en nuestro país de actos preparatorios o complementarios de esta técnica reproductiva no admitida en nuestro ordenamiento jurídico puede considerarse que han sido ejecutados en fraude de ley cuya consecuencia, cuando así se demuestra, es la aplicación de la norma que se ha tratado de eludir.

Todo indica que las protagonistas de nuestro supuesto de hecho, Doña Rocío L. M. y doña Lola F. R., están evitando la aplicación de normas imperativas españolas como consecuencia de su huida de este lugar, prohibitivo en materia de gestación subrogada, a otro país, Grecia, en cuyo ordenamiento jurídico se permite fijar la filiación para estos casos.

**VI.** No se deriva obligación alguna, por parte de la mujer gestante, de entrega del nacido tras el parto. Tampoco podría hablarse de obligación de indemnizar al contratante en caso de incumplimiento, ello incluso en los supuestos en los que se hubiese llegado a entregar determinadas cantidades por razón de la gestación.

**VII.** Las condiciones para la inscripción del nacimiento en España de los nacidos mediante gestación subrogada son, según la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la DGRN, en líneas generales:

Resolución judicial extranjera donde se acredite la filiación del menor en relación con el padre biológico. En ningún caso se admitirá como título apto una certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica en la que no conste la identidad de la madre gestante.

Exequátur en España de la resolución judicial extranjera. Esto es, presentación ante el Registro Civil español, la solicitud de la inscripción y el auto judicial que ponga fin al mencionado procedimiento de exequátur.

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

**VIII.** La filiación de los hijos nacidos por gestación subrogada viene determinada por el parto. Importancia del aforismo jurídico romano *mater semper certa est*, cuya connotación pasa por considerar que la madre es quien da a luz al recién nacido.

**IX.** Por lo que respecta a las posibles consecuencias penales relacionadas con la gestación subrogada, la única sanción jurídico-penal, que se puede imponer a quienes participan de esta práctica reproductiva se encuentra prevista en los arts. 220 y 221 del CP.

**X.** El TS atribuye ciertos efectos a la maternidad subrogada, a través de sus sentencias, apoyando su argumentación en el interés superior del menor, y concluyendo que los comitentes tienen derecho a las prestaciones por maternidad previstas en la Seguridad Social. Es decir, el TS reconoce a la gestación por sustitución como situación protegida por la prestación por maternidad, adopción o acogimiento.

La Administración de la Seguridad Social ha acatado la doctrina unificada de la Sala Cuarta del TS.



**XI.** La gestación subrogada ha sido y continúa siendo un tema polémico sobre el que existe un amplio debate. En la sociedad hay diversidad de opiniones al respecto. Los argumentos, en contra y a favor de la maternidad subrogada, son amplios, desde que la legalización de estos contratos implicaría la comercialización encubierta de la capacidad reproductora de la madre gestante y podría perjudicar el equilibrio del concebido durante el embarazo, hasta la defensa del derecho a procrear y la solución a los problemas de esterilidad de los comitentes.

**XII.** Tomando como referencia a Immanuel Kant, aceptamos que los objetos pueden emplearse como medios al servicio de determinados fines; por el contrario, la persona, de acuerdo con su dignidad, debe ser considerada y tratada como un fin en sí misma a la que no hay que instrumentalizar para alcanzar fines que le son ajenos.

Las personas “no son meros fines subjetivos, cuya existencia, como efecto de nuestra acción, tiene un valor para nosotros, sino que son fines objetivos, esto es, seres cuya existencia es en sí misma un fin, y un fin tal que en su lugar no puede ponerse ningún otro fin para el cual debieran ellas servir como medios”.

**XIII.** No sería posible justificar la gestación subrogada como un derecho humano reproductivo. El derecho a la reproducción humana no se encuentra expresamente reconocido en nuestra Constitución.

## **BIBLIOGRAFÍA:**

-ARASTEY SAHÚN, MARÍA LOURDES. 2017. *Las prestaciones de maternidad y paternidad en los casos de la llamada “gestación subrogada”*. Cuadernos Digitales de Formación; nº 47; año 2017. Consejo General del Poder Judicial.

-BOLADERAS CUCURELLA, MARGARITA. *Gestación por sustitución y derechos fundamentales*. Barcelona. Universidad de Barcelona.

-CUETOS ARTOLA, XABIER. 2020. *Aspectos éticos de la gestación subrogada*. Cuadernos Digitales de Formación; nº 4; año 2020. Consejo General del Poder Judicial.

-DÍAZ ROMERO, MARÍA DEL ROSARIO. 2018. *Autonomía de la Voluntad y Contrato de Gestación Subrogada: Efectos Jurídicos*. Navarra. Editorial: Aranzadi.

-EMALDI CIRIÓN, AITZIBER. *La maternidad subrogada vulnera el principio constitucional de la seguridad jurídica. La imperiosa necesidad de buscar una solución al problema español: cambio legislativo o cumplimiento de la ley. Surrogacy Violates the Constitutional Principle of Legal Certainty. The Urgent Need to Find a Solution to the Spanish Problem: Legislative Change or Law Enforcement*. Deusto. Facultad de Derecho. Universidad de Deusto.

-FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, ANA SUYAPA. 2011. *Eficacia jurídico-registral del contrato de gestación subrogada*. Revista Aranzadi Doctrinal núm.6/2011 parte Estudios Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2011.

-GIL NOGUERAS, LUIS ALBERTO. 2017. *El derecho a conocer tu origen biológico. Evolución. Situación actual desde una perspectiva civil*. Cuadernos Digitales de Formación; nº 2; año 2017. Consejo General del Poder Judicial.

-GÓMEZ GÓMEZ, MARINA. 2019. *La gestación subrogada: un análisis desde una perspectiva comparativa y del sistema español de Derecho internacional privado*. Madrid. Instituto Complutense de Estudios Internacionales, Universidad Complutense de Madrid. Campus de Somosaguas, Finca Mas Ferré. 28223, Pozuelo de Alarcón.

-GONZÁLEZ, NÚRIA. 2019. *Vientres de alquiler*. Madrid. Editorial: LoQueNoExiste.

-GONZÁLEZ MARTÍN, MARÍA BELÉN. 2018. *La maternidad subrogada, gestación por sustitución*. Cuadernos Digitales de Formación; nº 26; año 2018. Consejo General del Poder Judicial.

-GUERRERO ARIAS, FIDEL GUSTAVO. MESA SEPÚLVEDA, MARÍA ADELAIDA. 2015. *La incidencia del incumplimiento del contrato de arrendamiento de vientre en algunos derechos fundamentales de los menores*. Universidad EAFIT. Escuela de Derecho. Medellín.

-JOUVE DE LA BARREDA, NICOLÁS. 2017. *La maternidad subrogada. Qué es y cuáles son sus consecuencias*. Editorial: SEKOTIA, S.L.

-PÉREZ ARTIGUES, JUAN ANTONIO. 2017. *Maternidad subrogada. Problemas jurídicos y éticos del alquiler de vientres*. Las Islas Baleares. Vol. 27 Extraordinario XXVI Congreso 2017 | PONENCIAS.

-ROMERO COLOMA, AURELIA MARÍA. 2016. *La Maternidad Subrogada a la luz del Derecho español*. Madrid. Editorial: Dilex.

-ROMEO ECHEVERRÍA, AITOR. 2019. *Gestación subrogada y movimiento feminista. Una aproximación cuantitativa. Surrogacy and the feminist movement. A quantitative approach*. Salamanca. Universidad de Salamanca.

-SANCHA SAIZ, MARÍA DE LAS MERCEDES. 2017. *Gestación subrogada y prestación por maternidad: situación actual y perspectiva de futuro*. Cuadernos Digitales de Formación; nº 26; año 2017. Consejo General del Poder Judicial.

-SANTALLA SERANTES, ELENA. 2018. *Acuerdo sobre un vientre de alquiler. Acordo sobre un ventre de aluguer. Rent a womb deal*. A Coruña. Trabajo Fin de Grado. Grado en Derecho. Curso 2017-2018. Universidade da Coruña.

-SEGOVIANO ASTABURUAGA, MARÍA LUISA. 2017. *Prestaciones de maternidad en supuestos de maternidad subrogada: jurisprudencia*. Cuadernos Digitales de Formación; nº 26; año 2017. Consejo General del Poder Judicial.

-SOUTO GALVÁN, BEATRIZ. *Derecho de libertad de creencias. La libertad de conciencia y objeción de conciencia*. Alicante. Universitat d'Alacant, Universidad de

Alicante.

-TALÉNS VISCONTI, EDUARDO ENRIQUE. 2018. *La prestación de maternidad en los supuestos de gestación subrogada. The maternity benefit in the case of surrogate pregnancy.* Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 9, agosto 2018, ISSN: 2386-4567, pp. 438-453.

-TORRES QUIROGA, MIGUEL ÁNGEL. 2018. *Libertad, desigualdad y el contrato de maternidad subrogada.* Madrid. Memoria para optar al Grado de Doctor. Universidad Autónoma de Madrid. Facultad de Filosofía y Letras. Departamento de Filosofía.

## APÉNDICE JURISPRUDENCIAL:

-SJPI nº15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010. [Roj: SJPI 25/2010 - ECLI:ES:JPI:2010:25].

-SAP V de 23 de noviembre de 2011. [Roj: SAP V 5738/2011 - ECLI:ES:APV:2011:5738].

-STS de 6 de febrero de 2014. [Roj: STS 247/2014 - ECLI:ES:TS:2014:247].

-STJUE de 18 de marzo de 2014. Asunto C-167/12.

-STSJ M de 7 de julio 2014. [Roj: STSJ M 8383/2014 - ECLI:ES:TSJM:2014:8383].

-STSJ CAT de 1 de julio de 2015. [Roj: STSJ CAT 6998/2015 - ECLI:ES:TSJCAT:2015:6998].

-STSJ M de 17 de julio de 2015. [Roj: STSJ M 8690/2015 - ECLI:ES:TSJM:2015:8690].

-STSJ CAT de 15 de septiembre de 2015. [Roj: STSJ CAT 8313/2015 - ECLI:ES:TSJCAT:2015:8313].

-STS de 19 de octubre de 2016. [Roj: STS 4837/2016 - ECLI:ES:TS:2016:4837].

-STS de 25 de octubre de 2016. [Roj: STS 5375/2016 - ECLI:ES:TS:2016:5375].

-STS de 16 de noviembre de 2016. [Roj: STS 5283/2016 - ECLI:ES:TS:2016:5283].

-STS de 30 de noviembre de 2016. [Roj: STS 5805/2016 - ECLI:ES:TS:2016:5805].

-STS de 30 de noviembre de 2016. [Roj: STS 5801/2016 - ECLI:ES:TS:2016:5801].

-Sentencia de la Gran Sala del TEDH de 24 de enero de 2017 (asunto Paradiso y Campanelli c. Italia nº 25358/12).

## **APÉNDICE LEGISLATIVO:**

-Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. «Gaceta de Madrid» núm. 206, de 25 de julio de 1889. Referencia: BOE-A-1889-4763. ELI: [https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/(1)/con)

-Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil. «BOE» núm. 296, de 11 de diciembre de 1958. Referencia: BOE-A-1958-18486. ELI: [https://www.boe.es/eli/es/d/1958/11/14/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/d/1958/11/14/(1)/con)

-Constitución Española. «BOE» núm. 311, de 29 de diciembre de 1978. Referencia: BOE-A-1978-31229. ELI: [https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/(1)/con)

-Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980. «DOCE» núm. 266, de 9 de octubre de 1980, páginas 1 a 19 (19 págs.). Referencia: DOUE-L-1980-80371.

-Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. «BOE» núm. 157, de 02 de julio de 1985. Referencia: BOE-A-1985-12666. ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1985/07/01/6/con>

-Directiva 92/85/CEE 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 (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE). «DOCE» núm. 348, de 28 de noviembre de 1992, páginas 1 a 8 (8 págs.). Referencia: DOUE-L-1992-81903.

-Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. «BOE» núm. 281, de 24 de noviembre de 1995. Referencia: BOE-A-1995-25444. ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1995/11/23/10/con>

-Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. «BOE» núm. 7, de 08 de enero de 2000. Referencia: BOE-A-2000-323. ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2000/01/07/1/con>

-Ley 3089/2002 de Asistencia Médica en la Reproducción Humana. 19.12.2002. Parlamento Griego.

-Ley 3305/2005 de la Aplicación de la Reproducción Médicamente asistida, la prohibición para realizar pagos a la mujer gestante por participar en estos acuerdos e impone sanciones penales en caso de que se hagan. Parlamento Griego.

-Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. «BOE» núm. 157, de 2 de julio de 2005, páginas 23632 a 23634 (3 págs.). Referencia:BOE-A-2005-11364. ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2005/07/01/13>

-Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. «BOE» núm. 126, de 27 de mayo de 2006. Referencia: BOE-A-2006-9292. ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2006/05/26/14/con>

-Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición). «DOUE» núm. 204, de 26 de julio de 2006, páginas 23 a 36 (14 págs.). Referencia: DOUE-L-2006-81416.

-Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). «DOUE» núm. 177, de 4 de julio de 2008, páginas 6 a 16 (11 págs.) Referencia: DOUE-L-2008-81325.

-Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural. «BOE» núm. 69, de 21 de marzo de 2009. Referencia: BOE-A-2009-4724. ELI: <https://www.boe.es/eli/es/rd/2009/03/06/295/con>

-Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. «BOE» núm. 55, de 4 de marzo de 2010. Referencia: BOE-A-2010-3514. ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/2010/03/03/2/con>

-Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. «BOE» núm. 243, de 7 de octubre de 2010, páginas 84803 a 84805 (3 págs.). Referencia: BOE-A-2010-15317. ELI: [https://www.boe.es/eli/es/ins/2010/10/05/\(1\)](https://www.boe.es/eli/es/ins/2010/10/05/(1))

-Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. «BOE» núm. 175, de 22 de julio de 2011. Referencia: BOE-A-2011-12628. ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2011/07/21/20/con>



-Ley 4272/2014 del Parlamento Griego.

-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. «BOE» núm. 255, de 24 de octubre de 2015. Referencia: BOE-A-2015-11430. ELI: <https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2015/10/23/2/con>

-Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. «BOE» núm. 261, de 31 de octubre de 2015. Referencia: BOE-A-2015-11724. ELI: <https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2015/10/30/8/con>