
ANTONIO SILVA SÁNCHEZ
UNIVERSIDAD DE EXTREMADURA, ESPAÑA
asilva@unex.es

DALIA PERKUMIENE
UNIVERSIDAD VYTAUTAS MAGNUS, LITUANIA
dalia.perkumiene@vdu.lt

ASPECTOS RELEVANTES DE LA REGULACIÓN JURÍDICA DE LA GESTACIÓN SUBROGADA EN EL MARCO DEL DERECHO COMPARADO

RELEVANT ASPECTS OF THE LEGAL REGULATION OF SUBROGATED GESTATION WITHIN THE FRAMMEWORK OF COMPARATIVE LAW

Cómo citar el artículo:

Silva A, Perkumiene D, (2021) Aspectos Relevantes de la Regulación Jurídica de la Gestación Subrogada en el Marco del Derecho Comparado. *Derecho Global, Estudios sobre Derecho y Justicia*, VI (19) <https://DOI.org/10.32870/dgedj.v6i19.430> pp. 143-165

Recibido: 27/11/2020 Aceptado: 21/05/2021

RESUMEN

El presente trabajo se elabora a partir de la reflexión personal y el análisis de la literatura jurídica y jurisprudencial lituana, desde una posición crítica sobre la maternidad o gestación subrogada con una extensión de tal análisis al derecho comparado. Los autores del trabajo pertenecen a un grupo internacional de investigación de países europeos, latinoamericanos o asiáticos (GIDEPA) y su objetivo es analizar la regulación jurídica de la gestación subrogada, mediante la aplicación de la investigación y el análisis comparativo de la literatura científica actualizada, la práctica judicial y fuentes online. Partiendo desde los orígenes y conceptos de la gestación subrogada también se observa y expone la regulación legal (y no regulación) en diferentes e importantes países, así como los diferentes efectos legales en cada uno. El trabajo concluye ofreciendo la posición de los autores, ya deslizada a lo largo del trabajo, con especial incidencia en las conclusiones finales.

PALARAS CLAVE

Familia, matrimonio, maternidad, filiación, gestación

ABSTRACT

This work is elaborated on a personal reflection and the analysis of legal literature and jurisprudence, from a critical position on the issue the surrogacy institution in Lithuania with an extension of the view form a comparative perspective. The authors of this work belong to a wide international research group from different European, Latin American or Asian countries (GIDEPA). The objective of the work is to analyze the legal regulation of the surrogacy, through the research and comparative analysis of the updated scientific literature, judicial practice and online sources by the professors involved. Starting from the origins and concepts of surrogacy, the legal regulation (and not regulation) in different and important countries as well as the different legal effects in each one is observed and exposed. The work concludes by offering the position of the authors, already slipped throughout the work, but with special incidence in the final conclusions.

KEYWORDS

Family, marriage, motherhood, filiation, surrogacy

Sumario: I. Introducción. II. El Concepto de Maternidad Subrogada. III. Regulación Legal de la Gestación Subrogada. IV. Conclusiones. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

La maternidad o gestación subrogada es uno de los métodos alternativos de inseminación artificial para las parejas que quieren, pero por diversas razones, no pueden tener hijos. La gestación subrogada es una forma de reproducción asistida que ha crecido rápidamente en las últimas dos décadas en todo el mundo, especialmente en los países occidentales, donde la adopción es un proceso burocrático, largo, frustrante y estrictamente regulado. Que existe una creciente demanda de maternidad subrogada es evidente en los anuncios anónimos basados en la web, donde la gente busca a una mujer que pueda tener un bebé o, por el contrario, donde las propias mujeres ofrecen estos servicios.

Existe una amplia variedad de opiniones sobre la maternidad subrogada. Los partidarios de la gestación subrogada alegan que las mujeres deberían poder negociar la posibilidad de tener hijos en sus familias. Según sus críticos, en el caso de la gestación subrogada, la gestante se enfrenta a dificultades psicológicas, especialmente en el momento en que ha de renunciar al hijo que llevó en sus entrañas durante nueve meses.

En muchos países del mundo, la gestación o maternidad subrogada está prohibida, pero en aquellos países donde es legal, esta institución se enfrenta a varios problemas legales, morales y sociales, ya que cada país tiene un enfoque diferente para regularla.

Así, uno de los principales problemas, entre otros abordados, surge cuando una madre subrogada da a luz a un bebé y el tribunal tiene que decidir cuáles son los padres reales del niño y qué derechos tiene la madre subrogada.

En este trabajo se trata de estudiar la regulación o su carencia en el marco del derecho comparado que, en palabras de Watson supone «el desplazamiento de una regla jurídica o de un sistema jurídico de un país a otro, o de un grupo de personas a otro» para, posteriormente, en el apartado de conclusiones, ofrecer nuestra posición y las recomendaciones oportunas.

II. EL CONCEPTO DE MATERNIDAD SUBROGADA

Para Hernández, «la maternidad subrogada, también denominada gestación por sustitución, alquiler de útero, maternidad portadora o, despectivamente, vientre de alquiler, puede definirse como un contrato, oneroso o gratuito, en virtud del cual una mujer aporta la gestación, o también su óvulo, -según los casos-, comprometiéndose a entregar el nacido a los comitentes o padres de intención, que podrán aportar, o no según los casos, sus gametos».

Para la citada autora, en la técnica de gestación por sustitución pueden distinguirse dos grandes modalidades: a) *Maternidad subrogada tradicional, plena o total (traditional surrogacy)*: en que la madre subrogada es también la madre genética, es ella quien aporta su material genético para llevar a cabo la gestación. b) *Maternidad subrogada gestacional o parcial (gestational surrogacy)*: la madre subrogada no aporta material genético, la concepción tiene lugar a partir del óvulo u óvulos de una mujer diferente de la madre subrogada, que normalmente es la madre comitente. La inexistencia de un vínculo genético entre el nacido y la madre subrogada, en este último caso, explica que esta modalidad de gestación por sustitución cuente con mayor respaldo por parte de aquellos ordenamientos jurídicos nacionales que la contemplan.

Los orígenes de la gestación subrogada, suele aducirse que se remontan a los tiempos bíblicos si bien, actualmente, la forma de entender la gestación subrogada en el contexto del derecho de familia moderno se suele referenciar al caso Baby M registrado en los Estados Unidos en 1988, por primera vez en relación con una

disputa legal sobre los derechos de la madre subrogada que dio a luz a un niño. En Estados Unidos, Noel Keane fue la persona pionera en elaborar un contrato de maternidad subrogada, cuando entre los años 1970-1980, Keane, junto con Ringold, fundaron la primera clínica sustituta llamada «Centro de Infertilidad» siendo considerado Noel Keane el fundador de la «maternidad subrogada». Aunque esta primera clínica se estableció en los Estados Unidos, el primer bebé probeta nació en Gran Bretaña en 1978.

En este caso, no hubo transacción económica, pero un evento tan histórico allanó el camino para un mayor desarrollo de la subrogación gestacional.

Entre los años 1976 y 1988, aproximadamente 600 niños nacieron en los Estados Unidos a través de la gestación subrogada. Desde finales de la década de 1980, se volvió aún más popular y entre los años 1987-1992 se calcula que se produjeron unas 5000 operaciones de gestación subrogada. En los Estados Unidos, los niños nacidos de madres sustitutas han ido incrementándose cada año. En 1980, se registró el primer caso de gestación remunerada cuando una madre subrogada dio a luz a un niño y recibió una compensación de \$ 10,000.

Para definir los orígenes de la gestación subrogada en el contexto del derecho de familia, es importante volver a mencionar el caso Baby M de 1986. La pareja estadounidense, William Stern y su esposa, Elizabeth Stern, buscaron formar una familia, pero la señora Stern no pudo tener hijos debido al riesgo potencial para la vida de ella y su bebé, por lo que la pareja decidió utilizar los servicios de una madre sustituta. Esta decisión fue de especial importancia para el señor Stern ya que la mayoría de los miembros de su familia fueron asesinados durante el Holocausto, y quería tener un hijo genéticamente para poder extender su linaje.

En 1985, los Stern firmaron un acuerdo tradicional de gestación subrogada con el matrimonio Whitehead, por el cual se fertilizaría a la señora Whitehead con el

esperma de William Stern, y daría a luz al bebé para, posteriormente, entregárselo a los Stern, en calidad de padres formales o legales, tras el alumbramiento.

Así, unos meses después, la señora Whitehead quedó embarazada. Pero cuando nació el niño, la madre sustituta se dio cuenta de que no podría entregar al recién nacido porque tenía una relación sólida con su bebé y quería permanecer con él. La Corte Suprema de Nueva Jersey reconoció que el contrato de entrega del bebé era ilegal y nulo en este caso, ya que era contrario a la ley estatal y al orden público de Nueva Jersey. El tribunal también determinó que la señora Whitehead era la verdadera madre del niño y, además, teniendo en cuenta el mejor interés del niño, el tribunal ordenó su manutención al padre genético de su hijo, William Stern, dejando al bebé al cuidado de la señora Whitehead.

En el presente caso, se examinó, en primer lugar, la controversia sobre los derechos de la gestante del niño. Puede verse por los hechos del caso que las intenciones de la madre sustituta estaban basadas en la buena fe (*bona fides*), si bien ha de indicarse que, al referirse al caso de una gestación subrogada tradicional, llevada a cabo a cambio de una suma de dinero en el Estado de Nueva Jersey, ello, resultaba nulo, ya que el acuerdo de una madre subrogada para entregar a un niño nacido a cambio de dinero está terminantemente prohibido.

En general, para establecer la determinación del origen del niño, deben seguirse dos métodos básicos: 1) el primero, llamado «enfoque realista», basado en el origen biológico del niño, es decir, en la presunción de la maternidad; y 2) el segundo, denominado «método formalista», que tiene en cuenta no el origen biológico del niño sino «otros elementos y valores».

Según Mikelénas, «La discusión sobre la maternidad es algo extraño ya que el hecho de que una mujer que dé a luz a un bebé y sea su madre, está vinculado a la presunción de maternidad, si bien, cabe interponer la acción correspondiente en el caso de que sea fruto de una maternidad subrogada».

Para Sagaitis, que completa el planteamiento anterior, esta presunción de la maternidad está relacionada con supuestos biológicos, pues la madre del niño es la mujer que ha dado a luz. Este método es el que debe aplicarse automáticamente e independientemente de la voluntad de la mujer en cuestión. Ello, sobre la presunción que se basa en los principios del antiguo derecho romano *mater semper certa est* (siempre se conoce a la madre) y *mater est quam gestatio demonstrat* (la madre es quien dio a luz al niño).

La palabra *subrogada* (*subrogatio*) traducida del latín significa *alternativa*, por lo que la maternidad subrogada a menudo se conoce también en el mundo jurídico como maternidad sustituta.

La maternidad subrogada tradicional se entiende, pues, como un acuerdo en el que una de las partes (la madre subrogada) acepta ser fertilizada por inseminación artificial, llevar al bebé en su útero y dar a luz, entregando al nacido, posteriormente, a los futuros padres o sólo uno de ellos -familia monoparental-, denominados como padres o familias formales o legales. Es decir, a través del acuerdo alcanzado, la madre gestante abandona o renuncia a sus derechos de maternidad.

En muchos países del mundo, los sistemas de derecho de familia se basan en los principios ya referidos de *mater semper certa est* y *mater est quam gestatio demonstrat*.

Principios que se han mantenido como uno de los fundamentos del derecho de familia, a pesar del desarrollo de la medicina reproductiva, que permite que una madre biológica no tenga conexión genética con su bebé. La aparición y popularización de la maternidad subrogada es una de las razones de las crecientes diferencias en el concepto de maternidad en cada país.

Tanto en la ley como en la cultura, el modelo natural de los dos padres (padre y madre) está desapareciendo. La definición ambigua del concepto de maternidad es uno de los problemas que a menudo tiene un impacto significativo en el reconocimiento de los derechos de la madre subrogada sobre su hijo, al que da a luz.

Según Kraličkova, el progreso de la medicina biológica y genética y las disposiciones del derecho de familia son desiguales, quedando atrás el desarrollo del derecho en algunos aspectos.

Por su parte, Vonk está de acuerdo con esto, argumentando que los aspectos legales, biológicos y sociales del derecho de familia holandés no tienen en cuenta la realidad social.

En esta línea, Schwenzer también contribuye a la idea mantenida por los autores anteriormente mencionados, agregando que el concepto de maternidad tradicional está cambiando porque el concepto de «futuros padres» surgió junto con el concepto habitual de padres biológicos.

III. REGULACIÓN LEGAL DE LA GESTACIÓN SUBROGADA

Uno de los principales factores de la maternidad por sustitución a nivel internacional es el diverso enfoque que ofrecen los diferentes países en el Mundo (e incluso regiones u otras divisiones administrativas dentro de un mismo Estado) y los diferentes sistemas legislativos.

El Abogado General Nils Wahl, miembro del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en sus conclusiones sobre la petición de decisión prejudicial presentada por Irlanda en el asunto C-363/12, subraya que la maternidad subrogada es una «cuestión política y social delicada» en diversos países. No existe un consenso único entre los Estados, sobre la regulación jurídica de la gestación subrogada pudiéndose distinguir, básicamente, cuatro tipos diferentes de regulación jurídica:

- 1°. Prohibición o declaración de nulidad de los contratos de todas las formas de gestación subrogada;
- 2°. Reconocimiento legal de la gestación subrogada tanto remunerada como altruista;
- 3°. Prohibición de la maternidad subrogada remunerada (permitiéndose exclusivamente la altruista);
- 4°. La inexistencia de leyes que regulen la gestación subrogada.
- 5°. En relación con la primera de estas cuatro clases de regulación jurídica, que prohíbe o declara nulos los contratos de todas las formas de gestación subrogada, cabe decir que así se encuentra regulado en muchos países europeos como Alemania, Lituania, Austria, Portugal, España, Finlandia, Islandia, Italia, Francia, Noruega, Suecia. Pero también se encuentra prohibida en otros no europeos e incluso en algunos estados de Estados Unidos (Nueva York, Michigan o Indiana).

En Lituania se encuentra perseguida la maternidad subrogada si bien no existe una norma que la prohíba de forma expresa y taxativa, sino que se equipara con la trata de personas, de conformidad con la ley vigente sobre la trata de personas, si bien ello presenta ciertos problemas ya que debe demostrarse que hubo un intercambio de carácter económico y que existe o se persigue la explotación de la mujer gestante en calidad de víctima.

En España, el art. 10 de la Ley 14/2006 de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA), declara «nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto» (*mater est quam gestatio demonstrat*), dejando a salvo «la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales» (art. 10.3 LTRHA). En general, en el caso de España, cabe decir que desde la Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 18 de febrero

de 2009 hasta la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014, la determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución ha sido objeto de un tratamiento jurídico contradictorio por parte de las autoridades públicas españolas si bien, en general, se permite la inscripción de los hijos de españoles nacidos en el extranjero empleando esta técnica.

Italia, por su parte, aprobó en 2004 una Ley sobre Reproducción Médica Asistida, que establecen la prohibición de la gestación subrogada. El párrafo 6 del artículo 12 de esta ley estipula que toda persona que «realice, organice o anuncie en cualquier forma la venta de células reproductivas, embriones o servicios de maternidad por sustitución será castigada con una pena de prisión de entre 3 meses y 2 años y pagará una multa de hasta un millón de euros». En 2014, el Tribunal Constitucional italiano anuló la citada Ley de Reproducción Asistida por entrar en conflicto con la Constitución aunque en esa misma sentencia también reconoció que la prohibición de la gestación subrogada consagrada en la Ley de 2004 era legal, siendo tal hecho considerado como delictivo. Como ejemplo en Italia, cabe citar el caso Paradiso y Campanelli contra Italia. La pareja italiana formada por Donatina Paradiso y Giovanni Campanelli obtuvo un hijo a través de la celebración de un contrato de vientre de alquiler en Rusia.

Aunque la pareja no tenía ninguna conexión genética con el bebé, Donatina y Giovanni fueron reconocidos en Rusia, como los padres del niño, y sus nombres fueron anotados en el certificado de nacimiento del niño. En Italia, sin embargo, la solicitud de la pareja para registrar el certificado de nacimiento del niño fue rechazada porque el citado certificado contenía información falsa (la pareja en el certificado de nacimiento no indicaba que el bebé había nacido por gestación subrogada) ya que, según la legislación italiana, la verdadera madre del niño es la biológica, es decir, la que lo dio a luz y que, como se ha comentado, la maternidad por gestación subrogada en Italia está prohibida.

Finalmente, Donatina y Giovanni fueron procesados y el niño fue adoptado por una pareja. Tras recurrir la pareja al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), éste, en su sentencia, concluyó que la entrega del niño a una pareja sería idéntica a la legalización de la maternidad por gestación subrogada que, sin embargo, es contraria a la legislación italiana. El TEDH concluyó, pues, de acuerdo con las sentencias de los tribunales italianos, que el niño en este caso no iba sufrir un daño irreparable por su separación de Donatina y Giovanni; y de que no se infringía el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos relativo al «derecho al respeto de la vida privada y familiar» confirmando así, de forma definitiva, la decisión tomada por la justicia italiana.

Otro país que prohíbe la gestación subrogada es Francia. En 1991, el Tribunal Supremo francés la prohibió en un caso en el que se fundamentó que la maternidad subrogada es contraria al orden público. Hasta la fecha, no existe en Francia una ley específica que regule la maternidad subrogada, pero está prohibida en cualquiera de sus formas.

En este sentido, se pronuncian tanto el Código Civil que consagra el principio de que todo acuerdo (transacción) relacionado con la maternidad por sustitución es nulo y sin efecto; como el Código Penal que establece que la «persona que medie entre una persona (pareja) que desee adquirir un hijo y una mujer que se preste a gestarlo para entregárselo tras su alumbramiento, será sancionada con una multa de 15.000 euros y una pena de prisión de un año».

Aunque en Francia está prohibida la gestación subrogada, esta prohibición no impide el uso de los servicios de sustitución en aquellos países en los que es legal. Así, por ejemplo, en 2015 había en la República Francesa unos 2.000 niños que habían nacido en el extranjero por maternidad subrogada pero que no tenían la nacionalidad francesa.

En 2014, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se pronunció sobre los casos *Menesson* y *Labassee* contra Francia. Ambas familias francesas, *Menesson* y

Labassee, utilizaron los servicios de maternidad por sustitución en el extranjero, pero tras regresar a Francia, las autoridades rechazaron las solicitudes de las familias para que los niños se inscribieran como sus hijos. A diferencia del caso Paradiso y Campanelli contra Italia, el TEDH, después de examinar las denuncias de las familias, consideró que esos actos de las autoridades francesas eran contrarios al artículo 8 de la Convención e infringían el principio de protección del interés superior del niño.

2º. A diferencia de Italia o Francia, donde la maternidad por sustitución está prohibida, en algunos estados es un servicio legal por el que, además, la madre de alquiler, puede recibir una remuneración económica. La subrogación remunerada está permitida en países como Israel, Ucrania, Rusia, Georgia, algunos estados de EE.UU., etc.

Así, Rusia es uno de los pocos países donde se entrega una suma de dinero a la madre de alquiler. Cabe señalar que en Rusia sólo se permite la gestación subrogada y los servicios de madre de alquiler, incluidos los de ciudadanos extranjeros, cuando intervengan parejas heterosexuales o mujeres solteras que no pueden permitirse tener hijos. Está terminantemente prohibido que los hombres solteros o las personas del mismo sexo utilicen este medio de reproducción.

En Rusia, la gestación subrogada está regulada por tres leyes. La primera de ellas es la Ley de la Federación de Rusia, la segunda es el Código de la Familia de la Federación de Rusia sobre las relaciones familiares y la tercera es la legislación de la Federación de Rusia sobre el estado civil, que establece el procedimiento de registro del nacimiento de un niño y especifica los documentos que deben presentarse para el registro del niño.

Otro país que permite la gestación subrogada remunerada es Ucrania, donde se permite tanto para los nacionales como para los extranjeros. No existe una ley específica sobre la maternidad de alquiler, pero sus aspectos jurídicos se

encuentran regulados en el artículo 123 del Código de la Familia. Este artículo establece la relación entre la madre y el padre con un niño cuando se utilizan los servicios de reproducción asistida o de gestación subrogada. Igualmente se encuentra regulada por las órdenes 24 y 771 del Ministerio de Salud de Ucrania que establecen ciertos requisitos al señalar que «Los procedimientos de inseminación artificial sólo deben llevarse a cabo en instituciones médicas especialmente acreditadas y los procedimientos deben realizarse de conformidad con los métodos aprobados por el Ministerio de Salud de Ucrania». En general se recoge que los servicios de maternidad sustitutiva sólo pueden prestarse a parejas casadas que no pueden tener hijos de forma natural y han de ser, necesariamente, parejas heterosexuales. La mujer que desee ser madre de alquiler debe tener al menos 35 años y tener un hijo como mínimo.

En Georgia, la Ley de Atención de la Salud entró en vigor en 1997, en virtud de la cual se legalizó el vientre de alquiler y se permite tanto la gestación subrogada remunerada como la altruista. Al igual que en Rusia y Ucrania, la maternidad subrogada está permitida para tener hijos tanto a nacionales como a ciudadanos extranjeros si bien, de acuerdo con la ley georgiana, sólo una pareja de matrimonios heterosexuales puede tener un hijo a través de una madre de alquiler.

Aunque la legislación georgiana no contiene una definición específica de la gestación subrogada, la mencionada ley sanitaria define las posibilidades de utilizar la gestación subrogada en el contexto de la inseminación artificial.

En lo que respecta a los Estados Unidos, la gestación subrogada remunerada está permitida en el estado de California que la regula en su Código de Familia, donde recoge los puntos clave que deben incluirse en el Acuerdo de Entrega. Como característica a destacar, cabe señalar que en California no se establece una cuantía o suma máxima que deba recibir una madre de alquiler.

El Estado de Florida es otro ejemplo de maternidad por subrogación remunerada, estando permitida tanto la gestación subrogada tradicional como la gestacional. Por ejemplo, la gestación subrogada tradicional está permitida en el capítulo 63, párrafo 213 del Estatuto de Florida, que rige la adopción *temprana* y especifica los puntos principales que deben incluirse en un acuerdo *pre-adoptivo*. La gestación subrogada se permite con base en lo dispuesto en el párrafo 15 del Capítulo 742 del Estatuto de Florida, que establece la forma y las condiciones del contrato de entrega gestacional.

Por su parte, Gran Bretaña es uno de los primeros países del mundo que ha promulgado una legislación sobre vientres de alquiler. Ambos tipos de gestación subrogada (tradicional y gestacional) están permitidos. La maternidad subrogada en Gran Bretaña se rige por la Ley de 1985. La Ley de Contratos de Subrogación y la Ley de Fertilización y Embriología Humana de 2008, define los conceptos relevantes de la maternidad subrogada y establece la prohibición de publicitar servicios de pago.

3°. Como vimos, cabe también que algunos países o Estados establezcan la prohibición de la maternidad subrogada remunerada pero permitan la subrogación altruista. Este tipo de gestación subrogada con carácter altruista está permitida, entre otros países, en Bélgica, India, Grecia, Dinamarca, Australia, Canadá y algunos estados de los EE.UU.

Entre estos países encontramos a la India que, durante mucho tiempo se ha considerado como la capital de la «gestación subrogada remunerada» y del «turismo de gestación subrogada». Sobre la base de la Ley de regulación de la maternidad subrogada de 2016, la India ha prohibido la maternidad subrogada remunerada y ha permitido la posibilidad de utilizarla también a extranjeros. En el apartado 2 del párrafo 3 de esa ley se establece que «ninguna clínica, médico o persona podrá realizar, ofrecer, anunciar, cooperar o utilizar ningún tipo de gestación subrogada remunerada».

Otro ejemplo de gestación subrogada altruista es el de Grecia. La maternidad subrogada en este país se rige por la Asistencia Médica Griega en Reproducción Humana y el Código Civil Griego; permitida para los ciudadanos griegos desde 2002 y extendida dicha posibilidad también a extranjeros desde 2014.

Aunque la maternidad subrogada altruista está permitida en Grecia, las madres de alquiler pueden recibir una suma económica que sea la suficiente para cubrir los gastos relacionados con el embarazo, así como la pérdida de salario en el trabajo por el tiempo de gestación aunque, en ningún caso, esa suma puede exceder de 10.000 euros. El incumplimiento de la ley griega se castiga con una pena de prisión de al menos 2 años y una multa de 1.500 euros.

4º. Finalmente, cabe citar aquellos países que, como Irlanda, República Checa o Suecia, la maternidad de alquiler no está legalmente regulada.

Así, en Irlanda, no existe una ley sobre la maternidad de alquiler, pero la maternidad subrogada existe en la práctica. En 2005 se conformó una Comisión de Reproducción Humana Asistida como primer intento del Gobierno de abordar la necesidad de la inseminación artificial. La Comisión formuló recomendaciones sobre el establecimiento de un Instituto de Reproducción Humana, incluida la gestación subrogada sobre la cual se informó favorablemente en tanto entendía que debía ser permitida y regulada. También se indicó que las mujeres que aceptaran ser vientres de alquiler tendrían derecho a una compensación económica para cubrir los gastos directamente relacionados con dicha situación, en términos parecidos a la regulación griega.

IV. CONCLUSIONES

1. El concepto de maternidad en muchos países se basa en los principios del derecho romano *mater semper certa est* y *mater est quam gestatio demonstrat*. La maternidad subrogada puede definirse como un acuerdo entre la madre subrogada

y los futuros padres en cuyo favor, la madre gestante o subrogada, acepta concebir y dar a luz al bebé sin ninguna otra intención de educarlo, con el consiguiente abandono de los derechos de maternidad que pudieran corresponderle.

La aparición y popularización de la maternidad subrogada es una de las razones de las crecientes diferencias en el concepto de maternidad en cada país. La ambigua definición del concepto de maternidad es uno de los problemas que tienen un impacto significativo en el reconocimiento de los derechos de la gestante sobre el hijo nacido. Por ello, creemos que debería configurarse una definición precisa, clara y precisa a fin de proteger las condiciones y derechos de los intervinientes: padres comitentes, madre gestante y del propio niño.

2. Los orígenes de la gestación subrogada se remontan a los tiempos de la Biblia, y el comienzo de la gestación subrogada moderna, en las décadas de los años 70 y 80 del siglo XX. Los avances en la medicina reproductiva, incluyendo la reproducción asistida y la fecundación in vitro (FIV), es uno de los hitos más importantes que impulsaron a la aparición de la gestación por sustitución.

3. La regulación de la gestación subrogada varía mucho en todo el mundo. Mientras que, en algunos países, la maternidad subrogada no se rige por una ley concreta, en otros, las cuestiones o contratos celebrados y relacionados con la maternidad subrogada están consagrados en una legislación específica que la permite y ampara o, en el otro extremo, estando prohibidos o declarándolos nulos. No nos parece acertado que tal hecho pueda, a fecha de hoy, por su gran importancia y repercusión sobre los potencialmente afectados, pueda aún estar sin regular en algunos países con la trascendencia que ello conlleva como puede ser el caso lituano. Es necesario, pues, que se dote de seguridad jurídica a tales situaciones incluso aunque sea para prohibirla. En caso de permitirse, deben establecerse, además, las condiciones adecuadas para poder realizarse básicamente de carácter sanitario que protejan la vida tanto de la gestante como del bebé.

4. Analizando la legislación de los países de gestación subrogada remunerada (Rusia, Ucrania, Georgia), en Rusia o Gran Bretaña, donde se aplica el principio *mater semper certa est*, la posibilidad de obtener los derechos como madre sobre un niño fruto de este contrato puede ser más complejo que en otros países como Ucrania o Georgia, donde no se aplica este principio. Dicho principio no es tenido en cuenta en la India, por lo que la madre de alquiler no tiene derechos sobre el niño. En Grecia, sin embargo y, aunque sí se aplica este principio, en estos casos, se recoge una excepción por la cual se reconoce a la madre comitente, legal o formal como la poseedora de los derechos sobre el niño frente a la gestante o biológica. Desde nuestro punto de vista, la postura y regulación más acertada es la regulación existente en países como Dinamarca o Canadá, donde la ley permite la gestación subrogada de carácter altruista, lo que la configura como un hecho que viene a resolver los problemas por los que las familias acuden a este tipo de gestación pero, a la vez, muy alejado de otras consideraciones como las de carácter económico, que puedan suponer que muchas mujeres por razón de pobreza acepten llevar a un bebé en su vientre aun a riesgo de su vida; llegando, además a mercantilizarse un hecho que, en modo alguno desde ningún punto de vista (moral, ético, económico, social, etc.) resiste tal consideración.

BIBLIOGRAFÍA

- Ben-Nun, L., (2014) *Surrogate Motherhood Hagar And Sarah*, First Edition (Israel: B.N. Publications House).
- Binoy, T. A. (2018), An evaluation of surrogacy tourism in India - A study on ethical and legal perspective“, *International Journal of Current Research* volumen 10 número 8.
- D’alton-Harrison, R. (2014) „Mater semper incertus est: Who’s your mummy?“, *Medical Law Review* Volumen 22 número 3.
- Edelmann, R. (2004) „Surrogacy: The Psychological Issues“, *Journal of Reproductive and Infant Psychology* Volumen 22 número 2.
5. Finkelstein, A. *et al.* (2016) „Surrogacy Law and Policy in the U.S.: A National Conversation Informed by Global Lawmaking“, *Report of the Columbia Law School, Sexuality & Gender Law Clinic*, p. 11.
- Gómez, M. (2020) „La gestación subrogada: un análisis desde una perspectiva comparativa y del sistema español de derecho internacional privado“, Instituto Complutense de Estudios Internacionales, Working Papers 1.
- Hatzis, Aristides N (2010) „The Regulation of Surrogate Motherhood in Greece“, *SSRN Electronic Journal* (2010).
- Hernández, A., (2014) “Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿hacia una nueva regulación en España?, Cuadernos de derecho transnacional, número 6 volumen 2.
- Králíčková, Z., (2008)„Tention between legal, biological and social parentage in the light of the best interest of the child“, *Legal studies and practice journal research revue* número 3.
- Krause, H., *et al.*, (2013), *Family Law: Cases, Comments, And Questions*, Seventh Edition.

- Lamm, E.,(2012) *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada no alquiler de vientres*, Barcelona; *Id.*, “Gestación por sustitución. Realidad y Derecho”, *Indret* 3/2012;
- Mazert, D. (2016) „Born Breach: The Challenge of Remedies in Surrogacy Contracts“, *Yale Journal of Law and Feminism* Vol. 28, tomo 1.
- Mikelėnas, V. (2009), *Šeimoms teisė*, (Vilnius: Justitia, 2009).
- Pérez, M., (2010) “Cuestiones actuales de la maternidad subrogada en España: regulación versus realidad”, *RDP*, Julio-Agosto, pp. 41-64;
- Petitfils, C.-Muñoz, M^a.T. 2014) „French Laypersons’ Views on Surrogate Motherhood: An Exploratory Study“, *Psicológica* 35.
- Sagatys, G., (2003) „Biologinės ir faktinės tėvystės santykio problema ir vaiko teisės“, *Jurisprudencija* número 37.
- Schwenzer, I. (2007) „Tensions between Legal, Biological and Social Conceptions of Parentage“, *Electronic Journal of Comparative Law* vol. 11.3.
- Shalev, C., (1991) *Birth Power: The Case for Surrogacy*, Yale University Press, Yale, p. 145; Gumbis, J. (2017) *Teisės teorija: fundamentalus teisės ribos klausimas*, Monografija, Vilnius.
- Souto, B., (2005) “Aproximación al estudio de la gestación por sustitución desde la perspectiva del BioDerecho”, *Foro, Nueva época*, núm. 1/2005.
- Storow, R. (2018) „International Surrogacy in the European Court of Human Rights“, *North Carolina Journal of International Law & Commercial Regulation* volumen 43 número 4.
- Vaitiekus, E.,-Talačkienė, D., (2014) „Pagalba šeimoms, negalinčioms susilaukti vaikų“, *Socialinė sveikata*, número 1.
- Vela, A.J., (2012) *La maternidad subrogada: Estudio ante un reto normativo*, Granada; *Id.*,”Gestación por sustitución o maternidad subrogada: el deseo a recurrir a las madres de alquiler”, *Diario La Ley*, n. 7608, Sección Doctrina, 11 de abril de 2011.

- Venckienė, N., (2008) “Civilinės bylos dėl tėvystės (motinystės) nustatymo iškelimas ir pasirengimas nagrinėti teisme”, *Jurisprudencija* [Interaktyvus], 109.7.
- Vonk, M.J. (2007) „Tensions Between Legal, Biological and Social Conceptions of Parenthood in Dutch Family Law“, *Electronic Journal of Comparative Law* número 11 volumen 1.
- Watson, A., (1993) *Legal transplants: An approach to comparative law*. Athens, Estados Unidos: University of Georgia Press.

WEBGRAFÍA

- Camacho, J.M. (200), *Maternidad Subrogada: Una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores*, <http://www.fundacionforo.com/pdfs/maternidadsubrogada.pdf> [visitado el 18/11/2020]
<https://www.sensiblesurrogacy.com/what-is-surrogacy/> [visitado el 19/10/2020]
- Lietuvoje plinta skelbimai apie gimdos nuomą - surogatinę motinystę (2013 09 05) (trad. Los anuncios sobre alquiler uterino se están extendiendo en Lituania).
<https://www.delfi.lt/sveikata/sveikatos-naujienos/lietuvoje-plinta-skelbimai-apie-gimdos-nuoma-surogatine-motinyste.d?id=62248707> [visitado el 19/10/2020].
- Surrogate Motherhood: History and Concept*, p. 39-40; <http://shodhganga.inflibnet.ac.in/bitstream/10603/57389/8/08_chapter%202.pdf> [visitado el 10/09/2020].
- The History of Surrogacy*; <<http://information-on-surrogacy.com/history-of-surrogacy>> [visitado el 10/09/2020].
- Nicholls, M. (2013), *Legal Problems with International Surrogacy Arrangements*, p. 1; <<https://www.rtc.org.au/wp-content/uploads/2016/12/>

- Legal-Problems-With-International-Surrogacy-Arrangements.pdf>[visitado el 25/09/2020].
- EHRC case: *Paradiso and Campanelli v. Italy* Nr. 25358/12 (2017), p. 13. <<https://lovdata.no/static/EMDN/emd-2012-025358-2.pdf>>, [visitado el 25/09/2020].
- DH-BIO/INF (2016) 4 Addendum, p. 6; <<https://rm.coe.int/inf-2016-4-addendum-e/168077cac9>>, [visitado el 17/08/2020].
- EHRC: Totally prohibiting the establishment of a relationship between a father and his biological children born following surrogacy arrangements abroad was in breach of the Convention, ECHR 185 (2014), p. 1; <[file:///C:/Users/User/Downloads/003-4804617-5854908%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/User/Downloads/003-4804617-5854908%20(1).pdf)>, [visitado el 10/09/2020].
- Ukrainian Surrogacy Laws* (2012 08 30); <http://www.familylaw.com.ua/index.php?option=com_content&view=article&id=68>, [visitado el 10/09/2020].
- Ukraine - Surrogacy on the Increase* (2018 09 20); <<https://www.imtj.com/news/ukraine-surrogacy-on-the-increase/>>, [visitado el 10/09/2020].
- Surrogacy in Georgia*; <<http://www.familiesthrusurrogacy.com/surrogacy-in-georgia/>>, [visitado el 31/07/2020].
- Surrogacy*; <<https://www.globalsurrogacylimited.com/destinations/georgia/>>, [visitado el 12/09/2020].
- Sandra F., *Surrogacy in Georgia (Europe) – What Does the Law Say?* (2018 03 01); <<https://wearesurrogacy.com/georgia-europe/>> [visitado el 15/09/2020].
- Family code of California, 12/7 part, 7960 – 7962 str., <https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/codes_displayText.xhtml?lawCode=FAM&division=12.&title=&part=7.&chapter=&article>, [visitado el 17/09/2020].
- Traditional Surrogacy In Florida*; <<https://www.creativefamilyconnections.com/us-surrogacy-law-map/florida/>>, [visitado el 17/09/2020].

- 2018 Floridos Statutas, 742 s., 15 d., <<https://www.flisenate.gov/Laws/Statutes/2018/742.15>>, [visitado el 10/10/2020].
- O'malley, K., (2018), *What Is Surrogacy: Everything You Need To Know About Surrogates And Intended Parents* (2018 03 01); <<https://www.elle.com/uk/life-and-culture/culture/longform/a39331/what-is-surrogacy-uk/>>, [visitado el 10/09/2020].
- Surrogacy Arrangements Act 1985 (D. Britanijos Surogacijos sutarčių aktas), <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/49/pdfs/ukpga_19850049_en.pdf>, [visitado el 10/10/2020].
- Bhalla, N. (2013), India's surrogacy tourism: exploitation or empowerment? (2013 10 04), <<http://news.trust.org/item/20131004162151-r5i0w/>>, [visitado el 10/10/2020].
- The Surrogacy (Regulation) Bill, Bill No. 257 of 2016, 3 d., ii p; <http://164.100.47.4/BillsTexts/LSBillTexts/Asintroduced/257_LS_2016_Eng.pdf>, [visitado el 19/10/2020].
- PRS Legislative Research, International comparison of surrogacy laws (2016); <<http://www.prsindia.org/uploads/media/Surrogacy/International%20comparison%20of%20surrogacy%20laws.pdf>>, [visitado el 19/10/2020].
- Surrogacy laws india*; <http://surrogacylawsindia.com/faq.php?id=%2010&menu_id=73>, [visitado el 19/10/2020].
- Kane, K. (2017) *Paradiso and Campanelli v Italy: Surrogacy Agreements and their Exploitation of Surrogate Mothers and Children in the EU* (2017 07 13), <<https://www.msuilr.org/msuilr-legalforum-blogs/2017/7/13/paradiso-and-campanelli-v-italy-surrogacy-agreements-and-their-exploitation-of-surrogate-mothers-and-children-in-the-eu>>, [visitado el 10/08/2020].
- Is Surrogacy Legal in Greece? – Law, Requirements & Cost*; <<https://wearesurrogacy.com/greece/>>, [visitado el 19/10/2020].
- Greek law digest, The Official Guide to Greek Law, Surrogacy Proceedings In Greece after the implementation of law 4272/2014, Aspects Of Greek Civil Law, p. 154; <<https://law-services.gr/wp->

content/uploads/2016/06/greek-law-digest.pdf?fbclid=IwAR1U5rGF7X9moFB7sacJG1dNR1SObQOT9VpnI9RWO8m74IuAE0Im-fHZ80U>, [visitado el 22/10/2020].