



FACULTAD DE DERECHO

GESTACIÓN SUBROGADA

Autor: Julia García de Quevedo Ortiz

5 E3 B

Derecho Civil

Tutor: Yolanda Arbones-Dávila Navarro

Madrid

Abril 2019

RESUMEN

Este trabajo explica la problemática actual de la gestación subrogada en España. En virtud del art. 10 LTRHA, esta clase de contratos son nulos de pleno derecho. Sin embargo, ante la limitada regulación de esta práctica en nuestro ordenamiento jurídico, muchos españoles en los últimos años han acudido a la llamada gestación subrogada internacional, viajando a Estados donde estas prácticas se permiten. Se abordará el conflicto que produce el reconocimiento en nuestro Registro Civil de la filiación constituida en el extranjero de los menores nacidos mediante gestación subrogada. Diferenciando las diferentes posiciones respecto de este reconocimiento tanto de la DGNR, el TS y el TEDH. Para ello se analizarán diversas sentencias y resoluciones. Además, se estudiarán los conceptos de orden público internacional y el superior interés del menor en relación con la maternidad subrogada, como elementos clave en el debate doctrinal y jurisprudencial. Se hará un breve análisis de Derecho comparado para explicar los diferentes modelos regulatorios que existen en la actualidad, desde los más restrictivos hasta los más permisivos. Además, se expondrá una breve exposición de los argumentos éticos tanto a favor como en contra. Por último, se presentarán diferentes propuestas legislativas para España que ya encontramos en el ámbito social, doctrinal, institucional, político y a nivel internacional.

Palabras clave: gestación subrogada, gestación subrogada internacional, filiación, orden público internacional, superior interés del menor, propuestas legislativas, España

ABSTRACT

This paper explains the current problem of surrogacy in Spain. By virtue of art. 10 LAHRT, this kind of contracts are null and void. However, due to the limited regulation of this practice in our legal system, many Spaniards in recent years have resorted to the so-called international surrogacy, traveling to States where these practices are permitted. The conflict produced by the recognition in our Civil Registry of the filiation constituted abroad of minors born through surrogacy will be dealt with. Differentiating the different positions regarding this recognition of both the DGNR, the SC and the ECtHR. For this purpose, various judgments and resolutions will be analyzed. In addition, the concepts of international public order and the superior interest of minors in relation to surrogacy will be studied as key elements in the doctrinal and jurisprudential debate. A brief comparative law analysis will be made to explain the different regulatory models that currently exist, from the most restrictive to the most permissive. In addition, a brief exposition of the ethical arguments for and against will be presented. Finally, it will present different legislative proposals for Spain that we already find in the social, doctrinal, institutional, political and international level.

Keywords: surrogacy, international surrogacy, filiation, international public order, best interests of the child, legislative proposals, Spain

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	6
1.1 Propósito y contextualización del tema.....	6
1.2 Justificación.....	9
1.3 Metodología de la investigación.....	10
2. GESTACIÓN SUBROGA	12
2.1 Definición y aspectos técnicos.....	12
2.2 Origen y el caso Baby M.....	14
3. ASPECTOS JURÍDICOS	18
3.1 Evolución del Derecho de familia en España.....	18
3.2 Régimen jurídico de la gestación subrogada en España.....	23
3.3 Gestación subrogada internacional.....	24
3.4 Acceso de la filiación por gestación subrogada al Registro Civil.....	25
3.5 La nueva Ley del Registro Civil.....	29
3.6 Orden público.....	30
3.7 Interés superior del menor y los derechos del niño.....	31
3.8 Comentario a la STS 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (RJ 2014, 736).....	34
3.9 TEDH y asunto <i>Menesson</i>	37
3.10 Últimas novedades.....	39
4. DERECHO COMPARADO	41
4.1 Tres modelos regulatorios.....	41
4.2 Prohibición: Francia.....	41
4.3 Legalización altruista: Canadá y Reino Unido.....	42
4.4 Admisión amplia: Ucrania.....	44
4.5 Estados Unidos.....	45
5. CUESTIONES ÉTICAS	47
5.1 Argumentos en contra de la gestación subrogada.....	47
5.2 Argumentos a favor de la gestación subrogada.....	48

6. DIFERENTES PROPUESTAS DE REGULACIÓN PARA ESPAÑA.....	51
6.1 Reforma orientada en contra de la gestación subrogada.....	51
6.2 Admisión limitada.....	52
6.3 Admisión amplia.....	56
6.4 Normativa internacional.....	57
7. CONCLUSIONES.....	60
8. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	63

ABREVIATURAS

CC: Código Civil

CP: Código Penal

CDH: Convenio de Derechos Humanos

CDN: Convenio de Derecho del Niño

DGRN: Dirección General de los Registros y del Notariado

GS: Gestación Subrogada

LTRHA: Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida

ONU: Organización de Naciones Unidas

RRC: Reglamento del Registro Civil

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TRHA: Técnicas de Reproducción Humana Asistida

TS: Tribunal Supremo

1. INTRODUCCIÓN

1.1 Propósito y contextualización del tema

En la década de los 70 surge la aparición de las técnicas de reproducción asistida trayendo consigo nuevas posibilidades para dar solución al problema de la esterilidad presente en muchas parejas de todo el mundo. Y como todo avance tecnológico, este viene acompañado de la necesidad de una regulación. España fue pionera en el desarrollo de la ley 35/1988 que fue una de las primeras en promulgarse y regular las también llamadas por sus siglas TRHA. Sin embargo, con el rápido progreso científico y el desarrollo de nuevos procedimientos, hizo necesario de modificar dicha ley en 2003 que más tarde sería otra vez modificada y derogada por la actual Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Así queda todo ello recogido en la exposición de motivos de esta última vigente ley.

Sin embargo, al mismo tiempo que se ha ido avanzando y progresando en el ámbito científico también se ha evolucionado en otros ámbitos como el social. Y es que, según Valdivia, las transformaciones que ha sufrido la familia tradicional durante estos últimos 40 años han sido de los más profundos de la historia¹.

Con la liberalización de las sociedades y su respectivo aumento de nivel cultural se produce la configuración de nuevos modelos actuales de familia que rompen con los esquemas tradicionales. En un primer momento el reconocimiento de la igualdad de derechos entre hombres y mujeres supuso una evolución en el derecho de familia. Luego con la globalización y los cambios de mentalidad se han producido diversas modificaciones en las estructuras de las familias. Por un lado, el número de miembros de la familia se ha visto reducido en España en los últimos años, además son más frecuentes los divorcios y surgen composiciones familiares donde varios sujetos forman parte de varios núcleos familiares distintos. Por otro lado, aumentan las

¹ Valdivia Sánchez, C., “La familia: concepto, cambios y nuevos modelos”, *La Revue du REDIF*, vol. 1, 2008, p. 15.

uniones de hecho y son más frecuentes las familias monoparentales y homosexuales (cuya relación conyugal se aprueba en 2005 en España).²

Por ello hoy en día la utilización de las técnicas de reproducción asistida ya no se limita a dar solución al problema de infertilidad en las parejas heterosexuales, si no que ya están contribuyendo al diseño de esos modelos alternativos de familia. Las TRHA se han convertido en el instrumento de toda persona para formar una familia, independientemente de su condición sexual, su género o su estado civil³.

En este contexto, en los últimos años hemos visto aparecer con frecuencia en los medios de comunicación el polémico y muy discutido tema de la gestación subrogada. Según el informe del comité de bioética de España podemos definir gestación subrogada como: “aquella dada cuando una mujer se presta a gestar un niño para, una vez nacido, entregárselo a la persona o personas que se lo han encargado y que van a asumir su paternidad/maternidad.”⁴

Sin duda la frecuente aparición mediática de esta nueva práctica se debe a la gran controversia que suscita. No se puede obviar su fuerte repercusión simultánea en el ámbito sociológico, ético y jurídico, permitiendo el desarrollo de argumentos dispares para apoyar u oponerse a esta nueva técnica de reproducción⁵.

El panorama internacional de la gestación subrogada sigue siendo en la actualidad muy heterogéneo. Los diferentes ordenamientos jurídicos contemplan esta práctica de forma muy diversa, lo que, como veremos a lo largo del trabajo, conduce a cierta inseguridad jurídica.

² *Ibid.*, p 18-19.

³ Rotemberg, E. y Agrest Wainer, B., *Homoparentalidades. Nuevas familias*, Lugar, Buenos Aires, 2010 *apud* Hector Zanier, J., *et al*, “Familias formadas a partir de técnicas de reproducción humana asistida heteróloga: Un aporte interdisciplinario”, *Perspectiva en psicología*, vol. 15, n. 1, 2018, p. 26.

⁴ Informe del comité de bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada, 2017, p. 6.

⁵ García Rubio, M. y Herrero Oviedo, M., “Maternidad subrogada: Dilemas éticos y aproximación a sus respuestas jurídicas”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 2017, p. 67.

De este modo encontramos países como Francia que prohíben la gestación subrogada o por el contrario países como Ucrania cuyo ordenamiento jurídico se encuentra entre los más permisivos.

Aun así, en el contexto actual internacional sigue siendo difícil encontrar datos que nos indiquen los números reales de esta nueva práctica. Hay problemas en estimarlos incluso en aquellos países donde la gestación subrogada es reconocida legalmente por sus ordenamientos jurídicos⁶. Una de las causas principales de la falta de estadísticas es que muchas veces se recurre a la gestación subrogada internacional, ya sea porque el país de origen lo prohíbe o porque, siendo legal en el país de origen los causantes buscan reducir los costes de tal práctica.

En cualquier caso, ya en 2016 la organización no gubernamental *International Social Service* avisaba de la urgente necesidad de regular la gestación subrogada internacional y los distintos métodos de reproducción asistida para la preservación del mejor interés de los menores. Entonces se estimaba que eran 20.000 el número de niños que nacían de la práctica de la gestación subrogada en el mundo y se estimaba que el número seguiría creciendo en los próximos años.

El objetivo de este trabajo de investigación es, por un lado, entender más a fondo las distintas posiciones respecto a la gestación subrogada, señalar el desafío jurídico que supone para España analizando su situación actual, hacer un estudio comparado con otros Estados que han legalizado o prohibido esta práctica y por último analizar nuevas propuestas de legislación, sus implicaciones éticas y sus posibles consecuencias.

1.2 Justificación

⁶ Nelson, E., “Global Trade and Assisted Reproductive Technologies: Regulatory Challenges in International Surrogacy”, *Journal of law, medicine & ethics*, volume 41, issue 1, 2013, p. 241.

Más allá de las discrepancias en cuanto a su regulación o prohibición, la justificación de este trabajo se materializa en la situación actual jurídica de España en relación a la gestación subrogada.

En España la gestación subrogada queda recogida por el artículo 10 de la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida. No se trata de una prohibición expresa, sino que declara nulos de pleno derecho los contratos a través de los cuales se convengan gestaciones subrogadas. Por lo tanto, llevar a cabo esta práctica en el país es contraria a derecho, ya que dichos contratos no producirían los efectos anhelados por las partes. Pero ¿qué pasa con la maternidad subrogada internacional antes mencionada? Atendiendo al comité de bioética de España, “La maternidad subrogada internacional es aquella que tiene lugar cuando comitentes y gestante residen en distintos países”. Es decir, las prohibiciones de índole interna no evitan que finalmente la gestación subrogada no se realice en un país extranjero.⁷

Aunque no es una práctica generalizada, en los últimos años sí hemos ido viendo numerosos casos en los que españoles han conseguido ser padres acudiendo a otros países donde la gestación subrogada es legal. Es evidente que surge entonces un conflicto jurídico ya que en España la maternidad subrogada es contraria al ordenamiento jurídico y, por lo tanto, no se podría reconocer la adopción del hijo nacido por gestación subrogada a favor del padre no biológico. Existe un encendido debate en el ámbito público sobre este tema, incluso hemos oído a distintos partidos político, llevar a cabo sus propias propuestas de reforma de la regulación española actual.

La importancia del tema radica en que la gestación subrogada nos conduce a cuestiones esenciales desde el punto de vista de los derechos fundamentales⁸. No solo es una cuestión que afecta al uso y disposición del cuerpo de la mujer, sino que también es un asunto que incide en los derechos del niño y en el reconocimiento de su filiación legal. Y es que además de suponer una

⁷ García Rubio, M. y Herrero Oviedo, M., *op. cit.*, nota 5, p. 87.

⁸ Salazar Benítez, O., “La gestación por sustitución desde una perspectiva jurídica: algunas reflexiones sobre el conflicto entre deseos y derechos”, *Revista de Derecho Político*, nº 99, 2017, p.82.

auténtica revisión del Derecho de Familia y hacer que nos planteemos si existe o no un derecho a la reproducción, esta nueva práctica nos hace preguntarnos si gestación puede disgregarse de la maternidad biológica.

Veremos que se trata de un tema complejo, sobre el que ya se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos entre otros. No obstante, todavía el ordenamiento jurídico español no ha ofrecido una solución uniforme en relación con la filiación de los hijos nacidos a través de la gestación subrogada. Observaremos en este trabajo que existe una disparidad de posturas entre la Dirección General de los Registros y del Notariado y el Tribunal Supremo. Es esencial poner fin a la situación actual española que genera, sin lugar a duda, una gran inseguridad jurídica, tanto para las partes como para los niños que nacen a partir de esta técnica.

1.3 Metodología de la investigación

La investigación partirá de un profundo análisis documental de diversas leyes, artículos académicos, libros y otras publicaciones tanto de expertos en la materia como de instituciones específicas. Además, se hará un examen de diversas resoluciones judiciales tanto internas como externas y de distintas instancias. Se trata de conocer las opiniones de distintos sujetos claves por sus experiencias en el ámbito de la biomédica o en los tribunales, que podrían enriquecer el contenido de este trabajo de investigación.

Además, también se empleará el método de derecho comparado o comparación jurídica. Este método es fundamental y esencialmente necesario para el desarrollo de este trabajo de investigación en cuanto nos va a permitir cotejar normas, instituciones y procedimientos pertenecientes a otros ordenamientos jurídicos que regulan de diversas maneras la figura de la gestación subrogada. Lo cual nos va a facilitar la búsqueda tanto de semejanzas como diferencias y la posibilidad de descubrir “modelos exitosos”⁹.

⁹ Villabella Armengol, C. M., “Los métodos en la investigación jurídica. Algunas precisiones.”, *Biblioteca jurídica virtual del Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM*, 2015, p. 940.

La búsqueda de información se hará a partir de la utilización de diversas bases de datos como Dialnet, la Biblioteca de la Universidad Pontificia de Comillas, Google Scholar o La Ley Digital, entre otras.

2. GESTACIÓN SUBROGADA

2.1 Definición

Son varias las definiciones actuales de gestación subrogada, incluso podemos ver en los medios como también la terminología para referirse a esta figura es heterogénea. Es común encontrarse con expresiones más vulgares como “vientre de alquiler”, “madre de alquiler”, “maternidad por sustitución”, etc. En este trabajo, como se ha venido haciendo desde el principio, se hará referencia a gestación subrogada, a maternidad subrogada, o a gestación por sustitución, que además es el término recogido en el artículo 10 de la LTRHA.

Podemos definir esta práctica como “fenómeno social – en pleno proceso de expansión – por el cual una mujer, mediante contraprestación o sin ella, se compromete a gestar un bebé para que otra u otras personas puedan ser padres, biológico o no”.¹⁰ De esta forma, es importante diferenciar las distintas partes que conforman la práctica de la gestación subrogada. Por un lado, cabe hablar de la gestante que hace referencia a la mujer que gesta al hijo. Por otro lado, están los comitentes o el comitente que buscan la paternidad, que quieren ser los padres del niño. También es habitual la concurrencia de una tercera parte que es la encargada de poner en contacto a los comitentes con la gestante. Este mediador se suele manifestar en forma de empresa o agencia y su principal cometido es vigilar el correcto desarrollo del proceso.

Existen muchas modalidades a la hora de llevar a cabo la gestación subrogada. Elenora Lamm¹¹ hace mención de la distinción doctrinal que diferencia por un lado gestación por sustitución tradicional y por otro, gestación por sustitución gestacional. La diferencia radica en que en la gestación por sustitución tradicional la gestante aporta sus óvulos que son inseminados artificialmente. De esta forma la primera y más importante consecuencia de este tipo de

¹⁰ Vela Sánchez, A. J. “La gestación de sustitución o maternidad subrogada: El derecho a recurrir a las madres de alquiler”, *Diario LA LEY*, núm. 7608, Sección Doctrina, 11 de abril de 2011, Editorial LA LEY.

¹¹ Lamm, E., *Gestación por sustitución: Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Publicación y Edición de la Universidad de Barcelona, Barcelona, 2017, p. 27.

gestación por sustitución es que el niño que nace no tiene vínculo genético con la comitente. Es más, el menor tiene un vínculo genético directo con la gestante. En la gestación por sustitución gestacional, sin embargo, los óvulos son aportados por la comitente o por una donante, de esta forma el niño no tendría ningún vínculo genético con la gestante. Como menciona la autora, hay una tendencia hacia la gestación subrogada gestacional desde que es posible gracias a la inseminación in vitro.

Otra de las clasificaciones a las que se hace referencia tiene que ver con el modo de actuar de la gestante, pudiendo ser de forma altruista o lucrativa. Veremos que habrá ordenamientos jurídicos que admiten la práctica de la gestación subrogada si esta es altruista, en los que la gestante no recibe dinero de los comitentes más de lo correspondiente por algunos gastos legales y médicos.

Además de estos tipos, en su informe, el comité de bioética¹² hace referencia a otras muchas formas en las que se puede llevar a cabo esta práctica. En función de la existencia o no de un vínculo familiar entre la gestante y los comitentes, encontraremos niños gestados por la madre o hermana del comitente, por ejemplo. O por el contrario el niño es gestado por una tercera persona ajena a la familia, en muchos casos incluso de un país distinto.

También cabe hablar de distintos tipos de gestación subrogada dependiendo de las condiciones en la entrega del niño. Esto lo veremos más a fondo cuando veamos los distintos modelos reguladores de esta práctica. Solo adelantar que en esta parte del proceso puede haber más o menos garantías para la gestante, por ejemplo, en función de si esta debe renunciar a la maternidad antes del parto o si, contrariamente, tiene la libertad durante un período posterior de decidir si entrega o no finalmente al niño recién parido a los comitentes. Relacionado con esto también cabe preguntarse si en todos los casos podemos decir que la gestante está siendo plenamente libre y consciente de lo que hace cuando se involucra en esta práctica. Dato muchas veces imposible de conocer

¹² Informe, *op. cit.*, nota 4, p. 6-8

cuando la gestación subrogada se ha llevado a cabo en países extranjeros donde el marco legal puede no garantizar la seguridad jurídica para las partes, en especial para la gestante.

2.2 Origen y Baby M

Es cierto que el debate de la gestación subrogada que se plantea en la actualidad es un tema para muchos bastante novedoso, sin embargo, algunos autores ya han comentado que su origen no es tan reciente como podemos pensar. Knoppers y Le Bris afirman que la gestación subrogada se remonta a la época romana con el llamado *ventrem locare*.¹³

Unos autores hablan de la existencia de esta figura en diversos pueblos de África o del Pacífico sur, donde no resulta raro que una mujer geste para otra comunidad familiar. Otros, como la ya mencionada Eleonora Lamm comenta cómo los antecedentes de la gestación subrogada se pueden encontrar en el Antiguo Testamento, cuando Sarah, ante su incapacidad para tener hijos, pide a su esposo Abraham que mantenga relaciones sexuales con una mujer esclava para así tener a su hijo Ishmael.¹⁴

Sin embargo, la mayoría de los autores coincide en que el primer caso documentado y público de gestación subrogada tiene lugar en Estados Unidos y data de 1985. Se trata del conocido mundialmente como caso Baby M.¹⁵

Hechos

Los Stern era una pareja de clase media formada por William un bioquímico de 45 años y su mujer Elizabeth de profesión pediatra, sin hijos. Él no tenía más familiares en vida y deseaba intensamente tener un descendiente

¹³ Knoppers, B. M. y Le Bris, S., Maternidades substitutoria. Nova enciclopedia de Bioética, 2005, p.613 *apud* García Rubio, M. y Herrero Oviedo, M., “Maternidad subrogada: Dilemas éticos y aproximación a sus respuestas jurídicas”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 2017, p. 68.

¹⁴ Lamm, E., *op. cit.*, nota 11, p. 19.

¹⁵ Merrick, J. C., “The Case of Baby M”, Bartels, D. (ed.) ... [et al.], *Beyond Baby M*, Humana Press, Clifton, 1989, p.183-200.

biológico. Elizabeth tenía una forma leve de esclerosis múltiple y creía que el embarazo amenazaría su salud.

Así las cosas, decidieron ponerse en contacto con el ICNY (el Centro de Infertilidad de Nueva York) especializado en transferencia de óvulos e inseminación in vitro. El ICNY contactó con Mary Beth Whitehead, una mujer de 29 años que ya era madre de 2 hijos. El entorno económico y educativo de Mary y su familia era mucho más austero. Ella dejó el colegio con 15 años y se casó pronto. Con su marido de entonces vivió alguna ruptura y problemas económicos. Éste tampoco había realizado estudios y tenía un registro de empleo inestable

Fue el 6 de febrero de 1985 cuando William firma el contrato de gestación subrogada con Mary (las partes). Mary se sometió entonces a una inseminación artificial (aportando ella el gameto femenino) y acordó ceder la custodia del hijo a William, y en caso de morir este antes del nacimiento, a su mujer Elizabeth. Mary y su marido no establecerían ninguna relación paternofamiliar con el niño, renunciando a ejercer sus derechos como padres. Además, el contrato establecía que Mary recibiría 10.000 dólares por su servicio. Del mismo modo William se comprometía a pagar cualquier gasto médico de Mary no cubierto por el seguro. Se trataba de un documento completo donde se recogían posibles situaciones durante el proceso de cara a garantizar el correcto desenlace del servicio. Por ejemplo, si se producía un aborto natural antes del quinto mes no se compensaría monetariamente a Mary. También se sometería a la gestante a pruebas prenatales y si se determinaba que el feto tuviera algún tipo de deformación, se le practicaría un aborto si ese era el deseo de William. Las tasas que William debería pagar a ICNY por su asesoramiento durante el proceso, se recogían en un contrato diferente y estas ascendían a 7.500 dólares.

La inseminación artificial resultó ser exitosa y las familias mantuvieron durante la gestación una relación cordial sin ningún tipo de incidentes ni complicación. Sin embargo, las cosas cambian cuando en marzo de 1986 “Baby M” nace. Fue entonces cuando Mary cambió de opinión acerca de la

niña recién nacida y quiso incumplir el contrato no entregando al bebé a los Stern. Los Whitehead llegaron a desaparecer casi 3 meses con la niña. Fueron meses en los que a Mary le daban ataques de nervios y alguna vez se puso en contacto con los Stern amenazándolos para que dejaran que se quedase con la niña. Los Stern finalmente consiguieron una orden judicial y con ayuda de las autoridades recuperaron al bebé.

La decisión del Tribunal de Primera Instancia

El juicio, presidido por el juez Sorkow, se dividió en dos partes. En una primera parte se pronunció acerca de la legalidad del contrato y en una segunda en relación con la custodia de la niña. Se consideró que el contrato era válido y por lo tanto ejecutable. El juez estimó que el contrato de gestación subrogada era análogo al de venta de semen, por el que según Sorkow “el hombre se convierte en padre subrogado”. Así pues, asumiendo la gestación subrogada como una figura legal, Mary tenía que cumplir con su obligación de renunciar a la maternidad del niño.

Además, también se consideró que el mejor interés del niño era un factor primordial para determinación de la custodia. En este aspecto el juez declaró que Mary había demostrado durante los meses previos al juicio un comportamiento inestable. Además, reparó en los aspectos previos comentados sobre su situación económica y familiar. Del mismo modo, se dijo que su personalidad contaba con rasgos impulsivos y manipulativos. Por otro lado, se consideró que los Stern era un matrimonio estable, cariñoso y dispuesto a educar y favorecer el desarrollo del bebé. De esta forma, se declaró que el señor Stern sería el padre custodio, que los Whitehead perdían cualquier derecho parental para con la niña y por último que la señora Stern podía adoptar a la niña. Finalmente, a esta última se le puso el nombre que desde un principio quiso su padre biológico; Melissa Stern.

La Corte Suprema de New Jersey

Lógicamente los Whiteheads apelaron a la Corte Suprema de New Jersey. La Corte anuló la decisión del Tribunal de primera Instancia en relación con la legalidad del contrato de gestación subrogada a cambio de un precio. La Corte Suprema decretó que el contrato era contrario a la ley de New Jersey que prohibía la adopción a cambio de dinero. Las cuantías que pagaría William eran en realidad por la adopción del bebé, ya que si no nacía con vida la suma que se pagaría era mucho inferior a si el bebé nacía sano. Por lo tanto, esta “compraventa” del niño era ilegal.

Se estimó, sin embargo, que, aunque el contrato era ilegal, la custodia debía ser para William Stern para alcanzar el mejor interés del niño, llegando a una conclusión parecida a la del tribunal de primera instancia. No obstante, Mary Whitehead fue reconocida como madre legal de la niña, a la que se le permitió visitas y se le reconoció del derecho a la participación en la crianza de su hija. De esta forma se anulaba la adopción de la niña por parte de Elizabeth Stern. Además, la Corte dictaminó que no existía ninguna evidencia de que Mary hubiera abandonado o fuera realmente incapaz de criar a un niño. Incluso, en los casos de adopción privada, la ley de New Jersey da un periodo a la madre del niño después de su nacimiento por si esta cambia de opinión. Y en el caso se veía como claramente desde el primer momento Mary manifiesta su voluntad de no renunciar a la maternidad. Además, la ley de New Jersey tampoco permitía a los padres determinar la custodia de un hijo antes de su nacimiento, cosa que se hacía en el contrato de gestación subrogada firmado por las partes.

En definitiva, la Corte Suprema fue muy crítica con la práctica de la gestación subrogada, comentando que era poco realista pensar que Mary entregaría su hijo sin ninguna complicación.

3. ASPECTOS JURÍDICOS

3.1 Evolución del Derecho de familia

Veremos a continuación que el Derecho de Familia ha experimentado en los últimos años, cambios importantes y decisivos, análogos a los cambios que se han ido produciendo en nuestra sociedad actual¹⁶.

Y es que la sala Primera de nuestro Tribunal Supremo ha ido recogiendo esa nueva concepción de la familia que podemos definir como una concepción plural.¹⁷ Por ello es oportuno traer a colación lo que el Tribunal determinó en la STS de 12 de mayo de 2011, Rec. nº 1334/2008:

El sistema familiar actual es **plural**, es decir, que, desde el punto de vista constitucional, tienen la consideración de familias aquellos grupos o unidades que constituyen un núcleo de convivencia, independientemente de la forma que se haya utilizado para formarla y del sexo de sus componentes, siempre que se respeten las reglas constitucionales.

No obstante, dentro del derecho de familia merece especial interés comentar la regulación actual de las relaciones paternofiliales dentro de nuestro ordenamiento jurídico de cara a poder abordar mejor el problema actual que supone la gestación subrogada en nuestro país.

Nuestro Código Civil en su artículo 108 establece que la filiación puede tener lugar por naturaleza (a través del nacimiento) o por adopción. La filiación queda recogida en los art. 108 y siguientes del Código Civil.

Por un lado, la filiación natural o biológica puede ser matrimonial o no matrimonial en función si la pareja está o no casada. La filiación debe acreditarse por la inscripción en el Registro Civil a través de distintas vías.

¹⁶ Pardillo Hernández, A., El derecho de familia en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo, Tirant lo blanch, Valencia, 2017, p. 19.

¹⁷ *Ibid.*, p.29

Primero, en toda inscripción de nacimiento en España, se hará constar necesariamente la filiación materna. La filiación paterna derivada del nacimiento se inscribirá si se acredita el matrimonio con la madre y resulta conforme con las presunciones de paternidad del marido recogidas en el código civil.

Por otro lado, la adopción es una forma de protección del menor. Con esta figura se crea una relación equivalente a la que existe entre un progenitor y un hijo natural. De esta forma la filiación adoptiva va a surtir los mismos efectos para el adoptante y el adoptado, que la filiación por naturaleza, de esta forma se equiparan los derechos de los hijos naturales y adoptivos¹⁸.

Los requisitos para los adoptantes quedan recogidos en el art. 175 del Código Civil. Entre otros ser mayor de 25 años, que haya cierta diferencia de edad entre la edad del adoptante y el adoptando. También se recogen los supuestos en los que no se puede llevar a cabo la adopción.

Es importante tener en mente que, en España, con la ley 13/2005 de 1 de julio, se legaliza el matrimonio homosexual equiparándolo a los matrimonios heterosexuales tradicionales. Con esta reforma de nuestro Código Civil, no parece que la determinación de la filiación para las parejas homosexuales deba ser distinta que la que se venía dando para las parejas heterosexuales o monoparentales.

Como añade Lorenzo-Rego, en nuestro derecho parece que es irrelevante la condición sexual del individuo que quiere adoptar. El art. 176.1 establece que, para la constitución de la adopción por resolución judicial, se “tendrá en cuenta siempre el interés del adoptando y la idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad”. Por lo que se atenderá a la capacidad y aptitudes de la persona o personas en la crianza del menor más que los miembros que compongan esa familia.

¹⁸ Lorenzo-Rego, I., *El concepto de familia en Derecho español: un estudio interdisciplinar*, Bosch editor, España, 2014, p. 103.

Técnicas de Reproducción Humana Asistida

Las TRHA son principalmente la inseminación artificial y la fecundación *in vitro*. Y están recogidas por un lado en la Ley 35/1988 de 22 de noviembre sobre Técnicas de Reproducción Asistida y en la Ley 42/1988 de 28 de diciembre de Donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos. Lorenzo-Rego hace un análisis de la regulación de estas técnicas para deducir la interpretación del concepto de familia. ¿Qué efectos produce la paternidad genética? Por ejemplo, se pueden dar situaciones en las que el progenitor (hombre anónimo que aporta el material genético) y el padre sean personas diferentes. Surge aquí la distinción entre padre sociológico y padre biológico. En España se considera padre a aquel que ostenta la patria potestad sobre el hijo, independientemente de si el hijo es o no biológico¹⁹.

Cuando se aprobó la ley 35/1988 se interpuso un recurso de inconstitucionalidad por considerarse que el anonimato de los donantes de espermatozoides y óvulos eran contrario al art. 39.2 de la Constitución que recoge que los poderes públicos deberán asegurar la protección integral de los hijos. El propio Tribunal Constitucional declaró que la ley era constitucional atendiendo a lo siguiente:

Conviene no olvidar como base de partida, que la acción de reclamación o de investigación de la paternidad se orienta a constituir, entre los sujetos afectados, un vínculo jurídico comprensivo de derechos y obligaciones recíprocos integrante de la denominada relación paterno-filial, siendo así que la revelación de la identidad de quien es progenitor a través de las técnicas de procreación artificial no se ordena en modo alguno a la constitución de tal vínculo jurídico, sino a una mera determinación identificativa del sujeto donante de los gametos origen de la generación, lo que sitúa la eventual reclamación, con este concreto y limitado alcance, en un ámbito distinto al de la acción investigadora que trae cause de los dispuesto en el último inciso del art. 39.2 de la Constitución²⁰.

Podemos decir que los usuarios y beneficiarios de este tipo de técnicas son por un lado las parejas heterosexuales (tanto las matrimoniales como las no

¹⁹ *Ibid.*, p. 109.

²⁰ Sentencia Tribunal Constitucional, de 17 de junio, núm 116/1999, FJ 14, RTC 1999/116.

matrimoniales), que tienen problemas para concebir un hijo por diferentes causas. Por otro lado, la ley establecía que las mujeres solteras también podían recurrir a este método para ser madres y formar así su propia familia monoparental. Cuando surgió esta ley que permitía a las mujeres solteras (o viudas) ser madre y que en los casos de las parejas heterosexuales tampoco se exigía nada en cuanto a la estabilidad de la relación, hubo autores como Bustos Pueche que entendía que aquella permisón era inconstitucional ya que el hecho de privar al hijo de la figura paterna y de la protección integral atentaba contra el artículo 39²¹.

El artículo 7 LTRHA dispone que la filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las leyes civiles, salvo las especificaciones establecidas en los tres siguientes artículos.

Artículo 7. Filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida. 1. La filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las Leyes civiles, a salvo de las especificaciones establecidas en los tres siguientes artículos. 2. En ningún caso, la inscripción en el Registro Civil reflejará datos de los que se pueda inferir el carácter de la generación. 3. Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge.

Además, con la reforma de la LTRHA el artículo 7.3 establece que, en el caso en el que la mujer que se beneficia de alguna de estas técnicas de reproducción está casada o no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podría manifestar conforme a la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge.

No obstante, las técnicas de reproducción asistida permiten llevar a cabo la práctica de la gestación subrogada para los casos en los que o bien la mujer dentro de una pareja heterosexual no puede o quiere gestar al hijo. Además, en los casos en lo que una pareja homosexual formada por dos varones, así como los hombres solteros, quieran tener un descendiente genético, deberán

²¹ Bustos Pueche, J. E., *El Derecho Civil ante el reto de la nueva genética*, Dykinson, Madrid, 1996, p.132.

acudir a la gestación subrogada. Si bien esta práctica es posible desde que se empezaron a desarrollar esos métodos de reproducción humana asistida, es una praxis, que como ya hemos comentado previamente, solo ha sido admitida en algunos países y de forma muy heterogénea.

Así las cosas, la llegada en los años 80 de estas técnicas de reproducción asistida como alternativa a la esterilidad en un principio, supuso una revisión del derecho de familia en profundidad. Entre otras cosas una de las cuestiones que se discutió fue la determinación de la maternidad ya que entre las posibilidades que ofrecían estas técnicas estaba la gestación subrogada. Cabía entonces la pregunta de si la madre del niño era la que aportaba el material genético o por el contrario era la mujer que gestaba y daba a luz. Y aun a día de hoy encontramos disparidad de opinión tanto en la jurisprudencia como en la doctrina.

La maternidad en España tradicionalmente y siguiendo la regla del derecho romano, venía determinada con el parto. Sin embargo, con la llegada de las TRHAs, se abre el debate de la maternidad. Por un lado, la teoría de la contribución genética que defiende que es madre la mujer que aporta el gameto. Otra teoría es la de la intención. Esta teoría fue desarrollada en el Estado de California en el caso de *Jhonson contra Calvert* de 1993. Esta teoría está directamente relacionada con la voluntad procreacional, siendo madre la mujer que tiene intención y voluntad de serlo. Por último, nos encontramos con la teoría de la gestante que defiende que la maternidad se determina por el parto. Esta postura fue la que finalmente se aprobó el 10 de abril de 1986 en el pleno del Congreso de los diputados. Fue una postura que desarrollo la Comisión Palacios en el Informe de la Comisión Especial de Estudio de Fecundación *in Vitro* y la Inseminación Artificial Humana. En este informe finalmente se llega a la conclusión que tiene una mayor importancia la cuestión gestacional frente a la cuestión genética, ya que la gestación supone la protección durante 9 meses del niño tanto fisiológica como psicológicamente. Por esta razón se última que se debe proteger en todo caso

a la madre gestante a la que se reconocerá como madre legal del niño, aunque éste sea fruto de un gameto femenino extraño²².

3.2 Régimen jurídico de la gestación subrogada en el Ordenamiento jurídico español. Análisis de la norma.

Como ya se ha mencionado anteriormente, dentro del ordenamiento jurídico español la gestación subrogada queda únicamente recogida en el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, de la siguiente manera:

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.

Por un lado, vemos que la norma rechaza la práctica de la gestación subrogada y por ello pretende que no se celebren este tipo de contratos en España a través de la nulidad de estos acuerdos entre las partes.

Si en contra de la ley, el contrato se celebrase en España y el niño naciera, la norma establece que, en ese caso, para la determinación de la filiación del recién nacido, la maternidad será definida por el parto. La gestante es la madre del niño y en ningún caso estaría obligada a indemnizar a los comitentes por no dar a su hijo. Se aplicaría así el aforismo romano *mater semper certa est*. Por lo tanto, la madre biológica, si la hubiera, se entiende que no podría reclamar su maternidad.

La determinación de la paternidad continúa el 10.3, podrá llevarse a cabo a través de las normas generales. Así el padre biológico (si lo hubiera y este no fuese un donante anónimo de gametos masculinos) podría reclamar la

²² Lamm, E., *op. cit.*, nota 9, p. 38.

paternidad respecto de su hijo a través de la correspondiente reclamación en los tribunales.

Por otro lado, rechazando el ordenamiento jurídico español esta práctica, la gestación subrogada no aparece tipificada en el Código Penal como un delito. Si bien es cierto que nuestro código recoge otros delitos en los que se podría incurrir a través de la gestación por sustitución²³. Por un lado, el art. 220 del CP²⁴ versa sobre la suposición de parto y entrega u ocultación del hijo y el art. 221 del CP²⁵ que recoge el delito de compraventa de niños.

3.3 Gestación Subrogada internacional

En este apartado hacemos referencia a la gestación por sustitución que se lleva a cabo en el extranjero. Una de las consecuencias de esa heterogeneidad en la regulación de la gestación por sustitución y las TRHA en general en los diferentes países, es el llamado turismo reproductivo. Se trata del desplazamiento de una pareja o individuo desde su país de origen a otro país para acceder a las diferentes técnicas de reproducción asistida, incluida la gestación subrogada²⁶. Esto ocurre por numerosas razones que varían en función del Estado cuna. No obstante, uno de los motivos más frecuentes es la evasión de la ley, bien porque en el país de origen se prohíbe llevar a cabo esa técnica de reproducción asistida en concreto o bien porque la excluye para un determinado colectivo. Otras veces estas parejas o individuos se van al extranjero porque el tratamiento en su país es muy costoso, porque la calidad

²³ *Ibid.*, p. 72.

²⁴ 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 al que ocultare o entregare a terceros un hijo 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. [...]

²⁵ 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. [...]

²⁶ Storrow, R. F., "Quests for Conception: Fertility Tourists, Globalization and Feminist Legal Theory", *Hasting Law Journal*, vol. 57, 2006, p. 295-330.

de la atención es limitada, se goza de menos garantías o la lista de espera es demasiado larga.

Este turismo reproductivo supone una verdadera contingencia para los diferentes ordenamientos jurídicos. Ya que supone que se lleven a cabo por un precio un poco superior, prácticas prohibidas sorteando fácilmente las diferentes leyes nacionales. Además, en los países con regulaciones más laxas se está desarrollando una industria dedicada a la reproducción como un “objeto del comercio”. Algunos hablan de que en España existe un turismo dentro del sector de la reproducción asistida, concretamente en los tratamientos de fecundación *in vitro*. Atendiendo a los datos de la Sociedad Española de Fertilidad ha habido un crecimiento de esta práctica en el país en los últimos años y en parte se debe al aumento de pacientes extranjeros que buscan un tratamiento más barato o eficiente²⁷.

Un tipo de turismo reproductivo es el de la gestación subrogada internacional. En el caso español, la nulidad de la gestación subrogada a través del artículo 10 LTRHA provoca que, ante la imposibilidad de recurrir a esta práctica en nuestro país, algunos ciudadanos españoles tomen la decisión de acudir a los países que sí consienten y por tanto es lícita la gestación subrogada para más tarde volver con el niño a España.

Esto ha supuesto un gran debate ya que ha ido obligando tanto a la Dirección General de Registros y del Notariado como a los tribunales a dar una respuesta jurídica más o menos acertada a esos casos extranjeros. Respuestas que analizaremos en los apartados siguientes.

3.4 Gestación subrogada y Registro Civil. Posición de la DGRN.

Recordemos que la doctrina de la DGRN exigía para la inscripción en el Registro civil de los niños nacidos fuera del Estado español, 3 requisitos que

²⁷ Álvarez E., España afianza su liderazgo como destino del turismo reproductivo, La Voz de Galicia, 2017 (disponible en https://www.lavozdeg Galicia.es/noticia/sociedad/2017/09/17/espana-afianza-liderazgo-destino-turismo-reproductivo/0003_201709G17P25991.htm; última consulta 22/03/2019).

quedaban recogidos en el art. 23 de la Ley del Registro Civil. En virtud de este artículo se debe aportar un certificado del Registro extranjero, que por otro lado no hay duda en relación con la realidad del hecho inscrito y por último que el hecho inscrito sea legal acorde con la ley española.

Hemos de tener en cuenta lo que establece la ley del Reglamento del Registro Civil, que en su art. 81 dispone:

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.

Para abordar la problemática actual de este fenómeno es interesante analizar la célebre **sentencia 193/2010 de 15 de septiembre, del juzgado de primera instancia número 15 de Valencia**. Nos permitirá introducir cómo se desencadenó una discusión jurídica entre la Dirección General de Registros y del Notariado, la fiscalía y el Tribunal Supremo sobre la cuestión de la gestación por sustitución y el acceso de la filiación de esta derivada al Registro Civil.

A principios de noviembre de 2008, Bienvenido y Genaro, casados de nacionalidad española, solicita la inscripción en el Registro Consular de España en Los Ángeles, del nacimiento de dos niños gemelos nacidos en Estados Unidos a través de un contrato de gestación por sustitución. Para ello, se aporta una certificación registral extranjera en la que consta el nacimiento y la filiación de los menores. El encargado del Registro Civil en el consulado dicta un auto a través del cual se deniega la inscripción ya que en virtud del art. 10 LTRA el contrato era nulo de pleno derecho además de considerarse que la madre los niños era la gestante. Así mismo, se entendía que faltaba la realidad del hecho inscrito al ser imposible que dos hombres fueran padres biológicos de los niños.

Bienvenido y Gerardo entonces deciden recurrir dicho auto ante la DGRN, ya que consideraban entre otras cosas, que era discriminatorio que no les permitiesen llevar a cabo la inscripción en el Registro Civil la filiación por

naturales de los dos niños. Así la DGRN, el 18 de febrero, resuelve estimando el recurso, revocando el auto y finalmente mandando que se realice la inscripción de los menores como hijos del matrimonio²⁸.

La DGRN se basó en el art. 81 RRC y no entró a aplicar el art. 10 LTRHA, porque entiende que no es un caso de determinación de la filiación, sino de dar o no acceso al registro de una filiación que ya ha sido determinada previamente. Así, la función de la DGRN en este caso sería una comprobación exclusivamente formal, sin tener que investigar la sustantividad del hecho que se pretende inscribir.

En la resolución los argumentos que se aportan son variados. Primero, la DGRN entiende que, al exigirse solo una comprobación formal de la autenticidad de la inscripción extranjera, es suficiente que esta sea acorde con el orden público internacional de España. En esta parte la DGRN hace una distinción entre cuestión de orden público y legalidad, al ser la gestación subrogada una cuestión de legalidad no bastaría para denegar la inscripción en el registro civil español. Además, en virtud del código civil que establece la no distinción entre hijos naturales e hijos adoptados, y teniendo en cuenta que la ley permite la adopción para dos varones, se entiende que los hijos naturales pueden tener también dos padres hombres. Incluso se plantea la discriminación por razón de sexo ex art. 7.3 LTRHA que sí que permite la filiación natural a favor de dos mujeres. Por último, se trae a colación el mayor interés de los menores por el que no se podría permitir que los gemelos se quedasen sin afiliación.

No obstante, la resolución de la DGRN fue impugnada a su vez por el ministerio fiscal. Así el juzgado de primera instancia nº 15 de Valencia estima la demanda del ministerio fiscal y deja sin efecto la inscripción de nacimiento efectuada por la DGRN a través de la STS 193/2010 de 15 de septiembre, del juzgado de primera instancia número 15 de Valencia.

²⁸ Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la Dirección de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución (Disposición 15317 del BOE núm. 243 de 2010)

En la sentencia se declara que solo es inscribible una certificación extranjera si se cumplen los requisitos del art. 23 LRC. Por lo que habiendo duda de la realidad del hecho inscrito y constando su ilegalidad conforme a la Ley española, la sentencia ordena la cancelación de dicha inscripción.

Después de la publicación de la referida sentencia la DGRN dicta una **instrucción el 5 de octubre de 2010 (RCL 2010/2624)** haciendo referencia al régimen registral de la filiación de los niños nacido a través de la gestación por sustitución²⁹. La instrucción establece con carácter general que para la inscripción en el Registro de un niño nacido a través de un contrato de gestación subrogada llevado a cabo en el extranjero, es necesario aportar una resolución judicial del país donde se ha llevado a cabo la práctica y donde ha nacido el niño. Sometiéndolo al exequátur de los Tribunales españoles para su eficacia. Se establece una excepción de este requisito y es que, para las paternidades dictadas en un procedimiento similar al procedimiento de jurisdicción voluntaria, se podrá inscribir habiendo realizado previamente un reconocimiento incidental confirmando previamente el cumplimiento de los requisitos que dicta la propia instrucción. Se supone que la finalidad de esta instrucción era garantizar la libertad de la gestante a través de un control judicial. Si bien, hay que decir que esta instrucción fue muy criticada. Se trataba más bien de un cambio de criterio de la Dirección General que intentó posicionarse de manera neutral, pero al fin y al cabo admitiendo una inscripción que no debería permitirse por todo lo dicho anteriormente. Además, esta instrucción también impone unos requisitos que no tienen ninguna previsión legal, cargándose con una tarea legislativa que en ningún caso le corresponde. Y es que como Álvarez Gonzalez expresa, es notoria la ilegalidad de dicha instrucción ya que la DGRN no tiene autoridad para modificar las normas y requisitos que regulan la inscripción en el Registro Civil³⁰.

²⁹ Barber Cárcamo, R., “La legalización administrativa de la gestación por sustitución en España”, *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 739, 2013, p. 2910.

³⁰ Álvarez González, S., “Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, tomo X, 2010, p. 358.

3.5 La nueva Ley del Registro Civil

La nueva ley del Registro Civil aprobada en 2011 producirá una reforma trascendente en el funcionamiento y la organización de nuestro Registro. Además, recientemente se ha aplazado al día 30 de junio de 2020 la entrada en vigor de la nueva ley.

Ha sido una ley muy criticada por algunos que, dado que en todo el texto no se hace referencia a ningún asunto relacionado con la maternidad subrogada, entienden que se debe a “cierta voluntad de esquivar el debate público, regulando, sin nombrarla, la situación de las parejas que recurren a la gestación de sustitución en los países donde ésta es legal”³¹.

Una de las novedades aportadas por esta ley es la introducción del Título X donde se recogen las normas de Derecho Internacional Privado, donde, entre otras disposiciones, se encuentran las relacionadas con la inscripción de documentos judiciales extranjeros. Con la nueva ley se permite la inscripción previo exequátur, pero también se da la posibilidad de la realización inscripciones previo reconocimiento incidental del Encargado del Registro. Dentro del título el artículo más controvertido es el artículo 98 que versa sobre la certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros.

Artículo 98. Certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros. 1. La certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros es título para la inscripción en el Registro Civil español siempre que se verifiquen los siguientes requisitos: a) Que la certificación ha sido expedida por autoridad extranjera competente conforme a la legislación de su Estado. b) Que el Registro extranjero de procedencia tenga, en cuanto a los hechos de que da fe, análogas garantías a las exigidas para la inscripción por la ley española. c) Que el hecho o acto contenido en la certificación registral extranjera sea válido conforme al ordenamiento designado por las normas españolas de Derecho internacional privado. d) Que la inscripción de la certificación registral extranjera no resulta manifiestamente incompatible con el orden público español. 2. En el caso de que la certificación constituya mero reflejo registral de una resolución judicial previa,

³¹ Albert Márquez, M., “Los contratos de gestación de sustitución celebrados en el extranjero y la nueva ley del Registro Civil”, *Diario La Ley*, n° 7863, 2012, p. 5.

será ésta el título que tenga acceso al Registro. Con tal fin, deberá reconocerse la resolución judicial de acuerdo a alguno de los procedimientos contemplados en el artículo 96 de la presente Ley. 3. Se completarán por los medios legales o convencionales oportunos los datos y circunstancias que no puedan obtenerse directamente de la certificación extranjera, por no contenerlos o por defectos formales que afecten a la autenticidad o a la realidad de los hechos que incorporan.

Cabría preguntarnos si una certificación registral de una filiación constituida en el extranjero de unos menores nacidos a través de gestación subrogada cabe dentro de las certificaciones que regula el art. 98 LRC. Así, algunos autores consideran que se trataría de un régimen más distendido del planteado por la DGRN, que nos llevaría a la no aplicación del art. 10 LTRHA. Por una parte, algunas expresiones que recoge tanto el art. 98 cuando hace referencia “análogas garantías” como el 96 LRC cuando se refiere a “orden público español” que dan lugar a cierta interpretación³².

3.6 Derecho Internacional Privado y cuestión de Orden Público

Como sabemos, la pluralidad de ordenamientos jurídicos de los distintos países y la circulación libre y dinámica de las personas han fomentado que en la actualidad las relaciones tanto jurídicas como económicas entre los individuos se proyecte y coexista en diversos ordenamientos. Así los diferentes personas físicas y jurídicas tienen a su alcance diferentes respuestas jurídicas en función del ordenamiento al que acudan. Esta libertad de elección, sin embargo, no es ilimitada, ya que en ningún caso se debe vulnerar el orden público español³³.

La consideración de la gestación subrogada como una cuestión de orden público español ha sido un asunto muy debatido tanto en la práctica jurídica como en la doctrina. Podemos decir que la mayor parte de la doctrina determina que la gestación subrogada es claramente contraria al orden público

³² *Ibid.*, p. 7.

³³ Jiménez Muñoz, F. J., “Denegación de la inscripción de la filiación determinada por la celebración de un contrato de gestación por sustitución. Comentario a la STS 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (RJ 2014, 736)”, *Rev. Boliv. De derecho*, nº18, 2014, p. 413.

español. Y, como veremos posteriormente, es una posición que también sustentan nuestro TS³⁴. Por otro lado, es cierto que hay una pequeña parte de la doctrina de derecho internacional privado, que considera que no siempre se debe considerar que la gestación subrogada atenta contra el orden público español o que el interés superior del menor prevalece sobre otros derechos.

Así las cosas, Calvo Caravaca y Carrascosa, acertadamente distinguen a priori dos grandes tendencias. Por un lado, encontraríamos la posición del TS, que defiende que cualquier decisión extranjera, ya sea registral o judicial, es siempre una vulneración al orden público internacional español, si aquella acredita una filiación de un niño que haya venido al mundo por medio de la práctica de un contrato de gestación por sustitución. Por otro lado, encontraríamos un planteamiento defendido por la DGRN y el TEDH, que establece que un certificado con las características descritas no vulneraría necesariamente el orden público internacional español. Estos enfoques, entienden que muchas veces es irremediable que se reconozcan estas decisiones extranjeras en el Estado de destino, para proteger el “interés del menor”³⁵. Esto lo veremos más adelante analizando la reciente doctrina del TEDH.

3.7 Interés Superior del menor y los Derechos del niño.

Muchos hablan de cómo la legalización de la gestación subrogada atenta contra la integridad física y moral de la mujer y la posible explotación de las mujeres jóvenes más pobres, pero no nos podemos olvidar del interés de otro sujeto que forma parte de este proceso y que es especialmente vulnerable como lo son los niños.

El interés superior del niño es un principio que ha sido amparado por textos tanto nacionales y comunitarios como internacionales. En virtud del comité de

³⁴ Barber Cárcamo, R., *op cit*, nota 29, p.2939.

³⁵ Calvo Caravaca, A. L., y Carrascosa González, J., “Gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 7, Nº 2, 2015 p. 66 - 67.

Derechos del Niño, se trata de un principio que otorga a los niños el derecho a que sean tenidos en cuenta y se les considere de manera primordial en relación con todas las medidas o decisiones que les afecten, ya sea en el ámbito público o privado. Se trata de uno de los valores fundamentales de la Convención sobre los derechos del niño cuyo objetivo es “garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño.”³⁶ Así mismo, La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01) también establece en su artículo 24.2 que “el interés superior del menor constituirá una consideración primordial”.

En España, no solo el menor queda protegido en el nuestra Constitución. Nuestro ordenamiento jurídico cuenta con la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del menor cuyo artículo 2º establece que el menor tiene derecho “a que su interés superior sea valorado como primordial en todas las acciones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado”.

No cabe duda de que el interés superior del menor ha tenido un especial protagonismo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con nuestro Derecho de Familia actual. Sin embargo, el interés superior del menor es una cláusula general o concepto jurídico indeterminado, y como suele pasar con los conceptos jurídicos indeterminados, estos suelen acarrear cierta discusión. Incluso se llegan a calificar también como conceptos fundamentalmente controvertidos. Y es lo que pasa con el principio que estudiamos aquí, que no existe una unanimidad sobre el contenido específico de ese “interés superior del menor”, por lo tanto, se convierte en un criterio normativo cuya interpretación puede variar en función de las diferentes sensibilidades sociales. Esto puede provocar desviaciones sobre lo que la conciencia social estime o no admisible en un momento concreto o que se

³⁶ Comité de los Derechos del Niños de Naciones Unidas (2013) Observación General N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1) recuperado de http://www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/14.pdf .

acuda a este principio para justificar algunas decisiones en relación con el menor³⁷.

Por ello, aunque números textos normativos nos hablen de este concepto, la verdad es que encontrar la definición exacta de “interés superior del niño” es una labor compleja y en todo caso deberá atenderse al caso concreto que será susceptible de precisión en los tribunales. Así nos encontraremos algunos sujetos que defenderán que, una vez el niño ha nacido a través de la gestación por sustitución, es necesario su filiación para su mejor interés superior, ya que los menores en ningún caso pueden quedar sin protección jurídica.

Sin embargo, más allá de ir atendiendo al caso concreto en ese asunto, debemos reflexionar lo que supone la gestación subrogada con una perspectiva más global. En la gestación subrogada es inevitable encontrar una analogía a la compraventa de un niño a cambio de un precio. Analogía que también ha entendido la ONU en su informe donde se declara:

La gestación por sustitución, en particular la de carácter comercial, suele comportar prácticas abusivas. Además, supone un cuestionamiento directo de la legitimidad de las normas de derechos humanos en la medida en que algunos de los regímenes jurídicos vigentes en la materia pretenden legalizar prácticas que violan la prohibición internacional de la venta de niños, así como otras normas de derechos humanos³⁸.

Tratar a un niño como un objeto de tráfico mercantil, supone un claro atentado contra la dignidad del menor. Y recordemos que el artículo 35 del CDN establece que los Estados Partes deberán tomar las medidas necesarias para “impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma”.

³⁷ Ravetllat Balleste, I., “El interés superior del niño: concepto y delimitación del término”, *Educatio Siglo XXI*, Vol. 30, Nº 2, 2012, p. 106.

³⁸ Asamblea General de Naciones Unidas (2018) Informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños (A/HRC/37/60)

3.8 Comentario a la STS 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (RJ 2014, 736)

Después de la Sentencia del juzgado de primera instancia de Valencia antes comentada, los solicitantes (Bienvenido y Genaro) apelaron dicha sentencia y posteriormente la Audiencia Provincial de Valencia desestimó el recurso.

Fue entonces cuando, el matrimonio, decidió interponer un recurso de casación contra la sentencia que desestimaba su recurso. Alegaban:

Una infracción del art. 14 CE, por vulneración del principio de igualdad, en relación con el derecho a la identidad única de los menores y al interés superior de los menores consagrado en la Convención de Derecho del Niño, hecha en Nueva York el 2 de noviembre de 1989.

Como hemos visto, el asunto principal es saber si la decisión de la autoridad extranjera puede ser reconocida en el ordenamiento jurídico español, quedando determinada la filiación a favor de los recurrentes.

Por un lado, el tribunal trae a colación los requisitos del art. 23 de la Ley del Registro Civil, que en todo caso se complementan con los art. 85 y 81 del Reglamento del Registro Civil. Por ello considera que el control del encargado del registro civil consular no es meramente formal, sino que debe atender también a cuestiones de fondo. Si bien es cierto, que es imposible que todos los asientos sean conformes a todas las exigencias de la legalidad española. Sin embargo, los asientos sí deben respetar “las normas, principios y valores que encarnan el **orden público internacional español**, y este aspecto ha de extenderse el control en que consiste el reconocimiento de la certificación registral extranjera”.

De esta forma, existen diversos principios recogidos y derechos fundamentales en nuestra Constitución que, a ojos del tribunal, “integran ese orden público y actúan como límite al reconocimiento de decisiones de autoridades extranjeras”. Entre estos principios y derechos encontramos, el derecho a contraer matrimonio, el derecho a la intimidad familiar, la protección de la familia y la protección de la infancia. Además, también tienen reconocimiento en nuestra constitución el derecho a la integridad física y

moral de las personas, el respeto de su dignidad y el reconocimiento de la paz social. De esta forma, la Sala entiende que las TRHA en ningún caso pueden vulnerar la integridad física y la dignidad de la mujer gestante ni del niño “mercantilizando la gestación y filiación [...] permitiendo a determinados intermediarios realizar un negocio con ellos [...]”.

Por lo tanto, el tribunal entiende que como alegan los recurrentes que “las modernas regulaciones de las relaciones familiares no establecen como fuente exclusiva de la filiación el hecho biológico [...]”, sí juzgan que el art. 10 LTRHA que regula la gestación subrogada constituye el orden público internacional español. En consecuencia, la atribución de padres que hace la autoridad registral en California contradice el orden público español porque es irreconciliable con los valores constitucionales antes mencionados.

Además, el matrimonio era consciente de que el contrato de gestación subrogada se consideraba nulo y sin efecto en España, incluso, la propia ley establece cómo sería el régimen de filiación del niño nacido como consecuencia de un contrato como aquel. Y es por ello que los recurrentes deciden acudir al extranjero para poder llevar a cabo una práctica notoriamente contraria al ordenamiento jurídico español.

En cuanto a la **discriminación por razón de sexo u orientación sexual** que alegan los recurrentes, el tribunal no considera admisible tal premisa porque no entiende que exista tal discriminación. La causa de la denegación de la inscripción es exclusivamente que la filiación que se reclama es consecuencia de un contrato de gestación subrogada realizado en California, para eludir la ley española, y no porque los solicitantes de la inscripción sean hombres u homosexuales. Y es que la solución adquirida por este tribunal hubiera sido la misma si la filiación hubiera sido reclamada por un matrimonio heterosexual, o por un matrimonio compuesto por dos mujeres o por una sola mujer, etc.

En relación con **el interés superior del menor**, los recurrentes sostienen que privar a un menor de su filiación “perjudica su posición jurídica y les deja

desprotegido” y además “el menor tiene en cualquier caso derecho a una identidad única que se debe respetar por encima de fronteras estatales.”

En este caso, una vez más, el tribunal declara que la tesis de Bienvenido y Genaro es inaceptable. Establece que la concreción del interés del menor debe hacerse en relación con los valores asumidos por la sociedad y no debe hacerse en ningún caso acorde con los intereses particulares de los recurrentes y menos para contrariar expresamente lo que establece la norma. De esta forma, el juez se alejaría de su función de interpretación y aplicación de la ley. Y si bien, este principio debe ser atendido por los tribunales de manera primordial, tampoco puede dejar de tomarse en consideración otros principios con los que es necesario realizar una ponderación. Así establece la sala que esos otros principios son “el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante”, así como “impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación”.

El tribunal no reconoce que se esté vulnerando el art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derecho y de las Libertades Fundamentales³⁹ que reconoce el derecho a la vida privada y familiar. Se entiende que el no reconocimiento de la filiación está justificado en cuanto se reúne dos requisitos que estableció el TEDH (sentencia 28 de junio de 2007) en el caso de Wagner⁴⁰. Por un lado, el no reconocimiento de la filiación reconocida por una autoridad extranjera cuando esta atentar contra el orden público internacional español está prevista en nuestro ordenamiento jurídico. Por otro lado, la finalidad es proteger el interés del menor concebido como lo hace el ordenamiento jurídico español. Además, de proteger “otros bienes jurídicos de transcendencia constitucional como son el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante...”.

³⁹ ARTÍCULO 8 Derecho al respeto a la vida privada y familiar 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

⁴⁰ Asunto Wagner y J. M. W. L. c. Luxemburgo (demanda núm. 76240/01), de 28 de junio de 2007.

De igual modo, la sala recuerda que la finalidad del recurso no es la de “adoptar una decisión sobre la integración de los menores en la familia constituida por los recurrentes” ya que lo que se solicita es el reconocimiento de una filiación ya fijada en el registro de California. Igualmente, en relación con la desprotección en que quedarían los dos menores, el tribunal, siendo consciente de que la decisión pudiera causar inconvenientes a los mismos) recuerda que existen otras instituciones en nuestro ordenamiento jurídico que otorgan protección y que permiten el desarrollo de los pequeños a través de figuras jurídicas como el acogimiento familiar o la adopción. Asimismo, el art. 10 LTRHA permite la reclamación de la paternidad en relación con el padre biológico en caso de que alguno de los recurrentes lo fuera.

Por todo ello, finalmente, la Sala **desestima el recurso de casación** contra la sentencia. Núm 826/2011 de la Audiencia Provincial de Valencia.

3.9 Doctrina del Tribunal Europeo de Derecho Humano.

L’Affaire Mennesson c. France (65192/11) y Labassee c. France (65941/11)
de 26 de junio de 2014.

El señor y la señora Mennesson de nacionalidad francesa, ante la imposibilidad de tener hijos por problemas de infertilidad de la mujer, deciden acudir la gestación subrogada. Algo parecido ocurre en el caso de Francis y Monique Labasee. Para ello el marido aporta sus gametos masculinos que son fecundados in vitro con un óvulo donado, y se implanta a una mujer gestante residente en California, donde esta clase de contratos son legales. El 25 de octubre del año 2000, nacieron los gemelos, y se estableció que el padre era el marido y la madre legal la señora Mennesson. Cuando acudieron al consulado francés en Los Ángeles para inscribir a los menores en el registro civil francés, el encargado rechazó la inscripción de las actas de nacimiento. Comienza así un proceso parecido a los que se enfrentan los tribunales españoles en relación con la maternidad subrogada. En el Estado francés los contratos de gestación por sustitución son ilegales por lo que ponen problemas en el reconocimiento

legal de las niñas hasta que el asunto llegó al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuyas famosas sentencias se publicaban el 26 de junio de 2014.

Por un lado, es importante saber que el TEDH se pronuncia sobre el reconocimiento de la filiación emanadas de un contrato de gestación subrogada y no sobre la legitimidad de este tipo de técnicas de reproducción asistida.

El art. 8 CEDH recoge el derecho al respeto a la vida privada y familiar. El Tribunal aprecia que, aunque las niñas hayan nacido a través de un contrato de gestación subrogada, desde su nacimiento, viven con los señores Mennesson llevando a cabo una vida familiar semejante a la del resto de familias corrientes. Por ello se debe reconocer un “derecho a la identidad” que forma una parte esencial en la vida privada de los niños nacidos a través de un contrato de gestación subrogada. Por ello, finalmente, el Tribunal considera que la negativa de reconocimiento de la filiación a los menores supondría una vulneración del derecho a la vida privada de las menores recogido he dicho artículo.

El Tribunal es consciente de la falta de acuerdo sobre esta materia en Europa. Sin embargo, comprende que mientras se discute sobre filiación, el margen de apreciación nacional se debe reducir, ya que la filiación supone una figura esencial de la identidad de los individuos. Además, la vulneración del derecho de la identidad prova significativos resultados jurídicos relacionadas con la nacionalidad y los derechos de sucesión⁴¹.

Este punto de vista del TEDH es distinto al del TS de España reflejado en la anterior sentencia analizada. Sobre esta cuestión, Calvo Caravaca y Carrascosa, entendieron que el orden público español ha de hacerse inevitablemente “europeo”, ya que, aunque si es cierto que se trata de un instrumento nacional, España al pertenecer a la Unión Europea, y como consecuencia de todos los convenios y tratados ratificados por ella, este

⁴¹ Salazar Benítez, O., *op. cit.*, nota 6, p. 87.

mecanismo debe verse sujeto a límites europeos. Por ello, nuestro Estado español, no puede ignorar lo que establece el TEDH que, como acabamos de ver, considera que la admisión de la filiación en el Estado de destino no atenta contra el orden público internacional. Además, estableciendo que solo quedaría protegido el interés superior del menor, así como su identidad y su vida privada a través de dicha admisión⁴².

3.10 Últimas novedades

Por un lado, lo que se ha venido haciendo entre las parejas de los solicitantes es en un primero momento solicitar la filiación a través de la prueba de paternidad biológica del comitente que aportó su gameto masculino. De esta manera el niño ya es reconocido en el ordenamiento a través de la filiación natural tratándose de una solución jurídica más coherente con la reciente doctrina del TEDH⁴³. Una vez adquirida la paternidad por uno de los comitentes, en España, la pareja del comitente solicita la adopción del niño ante los tribunales españoles. Al fin y al cabo, se trata de conseguir los efectos del contrato de gestación subrogada a través de la vía de la adopción. Sin embargo, como podemos observar en el auto N° 565/2018 de la Audiencia Provincial de Barcelona de 16 de octubre de 2018, el Tribunal desestima un recurso de apelación interpuesto por el señor Hilario, contra el Auto de primera instancia donde no se reconocía la adopción de dos menores, hijos biológicos de su pareja. La sección establece entre otras cosas que “la documentación extranjera aportada no cuenta con la correspondiente legalización [...]”, “la renuncia previa de la madre gestante [...] es contraria a nuestro ordenamiento jurídico y en consecuencia nula de pleno derecho [...]”. Además, la Sala recordó que este no era un proceso de adopción internacional ya que “el presente supuesto no se ajusta a los procedimientos legalmente previstos para ello y entre estos la declaración de idoneidad habilitante”. Y, por último, el Tribunal termina entendiendo que “no

⁴² Calvo Caravaca, A. L., y Carrascosa González, J., *op. cit.*, nota 30, p. 109.

⁴³ Albert, M., “La explotación reproductiva de mujeres y el mito de la subrogación altruista: una mirada global al fenómeno de la gestación por sustitución”, *Cuadernos de bioética XXVII* 2017/2º, p. 177 – 197.

constando suficientemente acreditado que la madre gestante tuvo la oportunidad de ser oída en un proceso contradictorio”.

Por otro lado, el caso de Kiev ha suscitado gran atención mediática los últimos meses. Y es que, una serie de padres han quedado paralizados en la capital ucraniana con sus hijos nacidos por maternidad subrogada. Esto se debe a que el consulado español no reconoce la filiación documentada en la certificación despachada por la correspondiente autoridad ucraniana a partir de la publicación de la nueva Instrucción de 18 de febrero de 2019 de la DGRN ⁴⁴. Básicamente dicha Instrucción avisa que no se podrán admitir más solicitudes de filiación de niños habidos a través de gestación por sustitución, a menos que los padres presentasen una sentencia judicial. La misma Instrucción recomienda a los padres que soliciten la inscripción a través de paternidad biológica del comitente que aportase su gameto a partir de una prueba de ADN y una vez en España que la pareja inicie un proceso de adopción⁴⁵.

El problema principal radica en que para que los padres puedan viajar a España con el niño, este necesitaría un pasaporte ucraniano. Lo que pasa es que la ley ucraniana no prevé la atribución de su nacionalidad a niños cuyos padres provienen de un Estado cuya ley les atribuya (a los nacidos) la nacionalidad de sus progenitores, como es el caso de España. La consecuencia de todo ello es la **absoluta desprotección jurídica** que afecta a estos niños en Kiev.

⁴⁴ Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2019 (BOE nº 45, de 21 de febrero de 2019).

⁴⁵ Flores Rodríguez, J., “Atrapados en un vientre de alquiler en Ucrania: ¿Bioética o biopoder?”, *LA LEY*, 2019, p. 1.

4. DERECHO COMPARADO

4.1 Tres modelos regulatorios de la gestación subrogada

Podemos identificar tres tendencias legislativas diferentes en el panorama internacional. Por un lado, encontramos países donde la gestación subrogada está expresamente prohibida. Otros Estados optan por una admisión limitada estableciendo requisitos y condiciones como por ejemplo que la gestación subrogada sea de carácter altruista. Por otro lado, encontramos los países que establecen una admisión amplia de la práctica con apenas requisitos⁴⁶. En los siguientes apartados se hará un análisis de diferentes países donde la respuesta a la gestación por sustitución se identifica con uno de los modelos reguladores a los que acabamos de hacer referencia.

4.2 Prohibición: Francia

El Estado francés es otro, que, como España, mantiene la nulidad de la gestación por sustitución. Por primera vez se regula en este país cuestiones del ámbito de la bioética en el año 1994, con la Ley número 94-653, de 29 de julio. Esta ley (posteriormente reformada en 2011) introduce en el Código Civil francés el art. 16-7 que establece la nulidad de “todo convenio relativo a la procreación o la gestación por cuenta de otro”. Además, la misma ley declara el carácter de orden público de todas las disposiciones contenidas en el capítulo II, relativas a la protección del cuerpo humano en virtud del art. 16-9 del mismo código⁴⁷.

Además, esta ley, introduce una sanción penal recogida por el art. 227-12 del Código Penal francés sobre delitos de atentado contra la filiación. Dicho artículo impone penas de prisión hasta 6 meses y multas de 7.500 euros para todo aquel que provoque el abandono de un niño nacido o en estado de gestación. Asimismo, la pena se multiplicará para todo intermediario que

⁴⁶ Lamm, E., *op. cit.*, nota 9, p. 118.

⁴⁷ Barber Cárcamo, R., *op. cit.*, nota 26, p. 2936.

quiera lucrarse de estos actos ilícitos, por ejemplo, mediando un contrato de gestación por sustitución.

Los Tribunales en Francia han tenido que hacer frente a una situación muy parecida en España, ya que los supuestos planteados han sido similares. Así, los Tribunales han ido resolviendo de forma denegatoria las solicitudes de inscripción de filiación de niños nacidos por gestación por sustitución en el Registro Civil, al considerar que tales contratos vulneran el orden público internacional de Francia. De todas formas, vemos cómo finalmente el TEDH, ante un caso derivado de Francia precisamente, considera que al ser la filiación una figura esencial de la identidad de los individuos y de los menores, en ningún caso se debe privar a los niños de la misma.

Por último, cabe decir que hay otros países además de Francia, donde tampoco se permite la práctica de la gestación subrogada como Alemania, Suiza, Italia y Austria, cuya postura normativa es parecida.

4.3 Legalización altruista: Reino Unido y Canadá.

En Reino Unido, al igual que en Canadá, la gestación subrogada comercial está prohibida, por ello los contratos de gestación subrogada no son exigibles en ningún caso. Además, a este tipo de regulación se unen otros estados como Grecia, Brasil o Israel.

Por un lado, en Canadá, la gestación subrogada es legal siempre y cuando esta se realice de manera altruista ya que la compensación a la madre gestante queda prohibida por la Ley Federal de Reproducción Humana Asistida (*Assisted Human Eeproduction Act*) de 2008, cuyo art. 6 condena también el pago a los intermediarios o la mera distribución de publicidad para conseguir ese tipo de servicios. Sin embargo, el problema de Canadá radica en que es competencia de cada provincia el desarrollo de su propio método de determinación de la filiación. Del mismo modo, el proceso de determinación

de la validez de los contratos que inevitablemente se lleven a cabo también será diferente en cada territorio⁴⁸.

Por otro lado, en Reino Unido la ley sobre la paternidad en la subrogación es mucho más clara y más uniforme que en Canadá. Si bien es cierto que las reglas respecto a la paternidad legal pueden variar considerablemente dependiendo del tipo de subrogación en la que los comitentes se vean involucrados⁴⁹. Las técnicas de reproducción asistida quedan reguladas por la Ley de Fertilización Humana y Embriología de 2008 (*Human Fertilisation and Embryology Act*). Además, constan de la Ley de Gestación Subrogada de 1985 (*Surrogacy Agreement Act*) y de otras regulaciones adicionales.

En rasgos generales, una de las cosas que más caracteriza a este sistema son las garantías esenciales que tiene la madre gestante durante el proceso. Esta puede tanto antes como después del parto cambiar de opinión y decidir ser finalmente la madre legal. De hecho, hasta que la madre gestante no haya otorgado la “Orden parental”, los comitentes no tienen el estatus de padres y no pueden tomar decisiones en relación con el niño, además estos deben cumplir varias condiciones para obtener dicha orden⁵⁰.

No obstante, como expone el informe del Comité de bioética, incluso en los países donde es legal, “La demanda tiende a desplazarse [...] a aquellos otros en los que la voluntad de los comitentes puede ser mejor satisfecha y a un menor coste”⁵¹. Así las cosas, un gran número de ingleses han decidido acudir a India para la contratación de la maternidad subrogada, que como veremos a continuación, tiene una regulación más permisiva y menos garantista para las gestantes.

⁴⁸ Burpee, A. L. “Momma Drama: A study of how Canada’s National Regulation of surrogacy Compares to Australia’s Independent State Regulation of surrogacy”, *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 37, 2009, p. 305-307.

⁴⁹ Nelson, E., *op. cit.*, nota 6, p. 234.

⁵⁰ Nelson, E., *op. cit.*, nota 6, p. 244.

⁵¹ Informe del comité de bioética de España, *op. cit.*, nota 4, p. 40-41.

4.4 Admisión amplia: Ucrania

Entre los Estados más permisivos en cuanto a la gestación subrogada destacan Rusia, Ucrania e India. En algunos casos como Rusia esta admisión amplia queda recogida en varios textos normativos, aunque las formas de compensación no vienen reguladas expresamente⁵². En otros países esta admisión se debe, contrariamente, a una falta total de regulación o a la no expresa prohibición, como sucedía en India⁵³ que se ha convertido en una de las capitales a nivel mundial de gestación subrogada.

Por un lado, Ucrania es uno de los países con una tendencia legislativa de las más liberales en panorama internacional⁵⁴. El Código Civil ucraniano contempla el título denominado “El derecho a la vida”, donde establece que tanto como mujeres y hombres adultos tienen el derecho a tratarse a través de técnicas de reproducción asistida sujetas a las pautas médicas y en los términos fijados por la ley. Además, específicamente, la gestación subrogada queda regulada en una instrucción que emitió el Ministerio de Salud ucraniano en el año 2009, donde se recogía las diferentes técnicas de reproducción asistida permitidas⁵⁵. Por otro lado, es importante tener en cuenta el principio de libertad contractual que inspira toda su legislación civil. Así que ante el no pronunciamiento de la ley ucraniana (ya que la maternidad subrogada comercial no está expresamente prohibida) se entiende que es lícita la gestación comercial y, de facto, en los últimos años cada vez más españoles han acudido a ella.

El art. 132.2 de su Código de Familia establece la determinación de la filiación de los niños concebidos a través de la gestación subrogada. En este caso, se

⁵² Ávila Hernández, C. J., “La maternidad subrogada en el Derecho Comparado”, *Cadernos de Dereito Actual*, Nº 6, 2017, p. 333.

⁵³ Ante la falta de regulación se estima que la gestación por sustitución se ha llegado a duplicar en los últimos años. No obstante, tanto los tribunales como la *Law Commission of India* es consciente de la necesidad de una regulación. A finales de 2018 se llevó a cabo *The surrogacy (regulation) Bill* cuyo objetivo principal es regular los servicios de gestación subrogada en el país para prevenir la explotación de mujeres gestantes y proteger los derechos de los niños nacidos mediante GS, prohibiendo la gestación subrogada comercial.

⁵⁴ Lamm, E., *op. cit.*, nota 11, p. 174.

⁵⁵ Instruction on Procedures for Assisted Reproductive Technologies", adopted by the Order of the Ministry of Health of Ukraine No. 771 of 12/23/2008.

considera que los padres del niño son en todo caso los comitentes (quien aportaron los gametos), no pudiendo la gestante reclamar la filiación materna. En cuanto a los requisitos para los futuros padres, estos deben formar una pareja heterosexual y estar casados, ya que en Ucrania el matrimonio homosexual está prohibido. Y, por último, los solicitantes deben ser incapaces de concebir a un hijo de manera natural cumpliendo las indicaciones médicas establecidas en la instrucción anteriormente mencionada⁵⁶.

4.5 Estados Unidos

Estados Unidos es uno de los países donde la gestación subrogada ha tenido un mayor desarrollo. Sin embargo, no hay ninguna ley a nivel federal que regule la maternidad subrogada o la filiación de esta derivada. Dentro de Estados Unidos, los diferentes Estados han ido dando respuestas jurídicas heterogéneas a partir de leyes y jurisprudencia. Incluso la definición del contrato varía en función del territorio donde nos encontremos. Por ello, la validez jurídica del contrato de gestación subrogada no es uniforme. Por otro lado, el estudio de la validez jurídica se hará a partir de principios como el orden público y la interpretación del derecho de familia⁵⁷.

Así, Lamm⁵⁸ distingue tres categorías normativas dentro de Estados Unidos. Primero encontraríamos un grupo de Estados donde expresamente se ha regulado la gestación ya sea para permitirla o prohibirla. En esta categoría entrarían Estados como Nueva York o Nebraska donde la gestación subrogada altruista es legal y Arizona donde se prohíbe manifiestamente o Michigan que la maternidad subrogada incluso es considerada como un delito criminal.

En la segunda categoría encontraríamos Estados que aun careciendo de normativa cuentan con jurisprudencia aplicable. Aquí entraría bastantes Estados cuyos tribunales reconocen la práctica de la gestación subrogada

⁵⁶ Lamm, E., *op. cit.*, nota 11, p. 177.

⁵⁷ Rodríguez-Yong, C. A. y Martínez-Muñoz, K. X., “El contrato de maternidad subrogada: la experiencia estadounidense”, *Valdivia*, vol. 25, n. 2, 2012.

⁵⁸ Lamm, E., *op. cit.*, nota 11, p. 186-192

lícita, como Tejas, Utah, Illinois, Virginia, Florida o California. Cada precedente jurisprudencial estatal ha ido estableciendo los requisitos para los comitentes y la gestante. Por ejemplo, en California entre otros, la gestación subrogada de carácter comercial ha sido admitida por la jurisprudencia. Concretamente, en este Estado la filiación del nacido se reconoce después del parto a través del correspondiente procedimiento judicial.

Por último, la tercera categoría, apunta Lamm, encontraríamos a los Estados que no disponen ni de leyes ni de jurisprudencia que se posicionen en relación a la gestación subrogada. La conclusión a la que llega la autora es que, aunque no haya una posición homogénea, sí se puede decir que en la práctica la gestación por sustitución se lleva a cabo en general en todo Estados Unidos. Ya que incluso en los Estados donde se prohíbe expresamente por ley, en muchas ocasiones, acaba siendo reconocida de facto por los tribunales.

5. ASPECTOS ÉTICOS

5.1 Argumentos en contra de la legalización

En España la maternidad subrogada es criticada desde las posiciones ideológicas más conservadores hasta las más feministas. En un debate sobre globalización en la *IV Regional Conference de Students For Liberty Iberia*, Juan Carlos Monedero hacía una reflexión sobre esta cuestión:

A la gente que está a favor de la gestación subrogada le falta un elemento principal que es la empatía, la compasión. Por eso hay, en este aspecto, un acercamiento entre posiciones cristianas y socialistas, por ese elemento de compasión y de respeto al ser humano que desaparece cuando los mercantilizamos⁵⁹.

En cuanto a la doctrina civilista española, una parte se ha posicionado en contra de la regularización de la maternidad subrogada por entender que esta clase de contratos vulnera el principio de indisponibilidad del cuerpo humano. Este sector entiende que la negociación con el cuerpo humano queda fuera de la autonomía de la voluntad y que la gestación por sustitución atentaría en todo caso contra el orden público⁶⁰. Además, esta parte de la doctrina opina en la maternidad hay una unidad de valor y no puede deshumanizarse ni mercantilizarse.

El comité de bioética también se posiciona en este ámbito y declara que “existen solidas razones para rechazar la maternidad subrogada. El deseo de una persona de tener un hijo, por muy noble que sea, no puede realizarse a costa de los derechos de otras personas.”⁶¹. La mayoría de los miembros opinan que este tipo de contrataos “entraña una explotación de la mujer y un daño a los intereses superiores del menor”.

⁵⁹ IV Regional Conference de Students For Liberty Iberia (2017), Debate sobre globalización entre Juan Carlos Monedero y Juan Ramón Rallo en la disponibles en: minuto 1:40 <https://www.youtube.com/watch?v=NYXcFaaGAXM&app=desktop>.

⁶⁰ Cortes Generales, Congreso de los Diputados (1986) Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación *In Vitro* y la Inseminación Artificial Humana.

⁶¹ Informe del Comité de bioética, *op. cit.*, nota 4, p. 81-87.

Otros autores opinan que ese deseo de procreación de los padres puede llegar a tener consecuencias traumáticas para los hijos nacidos mediante gestación subrogada cuyos derechos fundamentales se estaría vulnerando. Afirmando de que se trata de una utilización de las partes más débiles en beneficio de las partes más poderosas, resultando en una explotación de las clases más bajas⁶².

Por último, ya varios organismos intergubernamentales se han posicionado en contra del contrato de gestación por sustitución. Entre otros, el Parlamento Europeo condena tal practica por considerarla:

Contraria a la dignidad humana de la mujer, ya que su cuerpo y sus funciones reproductivas se utilizan como 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 humanos⁶³.

5.2 Argumentos a favor de la regularización

Los sectores que apoyan la legalización de la maternidad subrogada también son variados. Por un lado, encontramos, evidentemente, a la Asociación por la Gestación Subrogada en España que apoya una regulación garantista de la misma. Abogan por que la ley está obviando la realidad actual del país y la necesidad de una parte importante de la sociedad en cuanto se está negando a personas concretas su deseo de ser padre por el simple hecho de no poderlo ser de manera natural. En el manifiesto que podemos encontrar en la página web de la asociación se llega a mencionar que la prohibición de la GS en España infringiría el principio de igualdad y la seguridad jurídica de las partes⁶⁴.

También es una postura defendida por aquellos de pensamiento más liberal como el economista Juan Ramón Rallo, que tiene su propio blog donde intenta

⁶² Leonseguí Guillot, R. A., “La maternidad portadora, sustituta, subrogada o de encargo”, *BFD*, n. 7, 1994, p. 325.

⁶³ Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de diciembre de 2015, sobre el 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)), punto 115.

⁶⁴ Asociación por la Gestación Subrogada en España, Manifiesto disponible en <http://www.xn--gestacionsubrogadaenespaa-woc.es/index.php/2013-10-16-13-08-07/manifiesto>.

refutar uno a uno los argumentos de los críticos con la gestación subrogada a raíz del manifiesto publicado por 50 asociaciones feministas en contra de los “vientres de alquiler”. En su artículo denominado “Diez pésimos argumentos contra la gestación subrogada” habla de cómo los “prejuicios sociales establecidos” y los “dogmas religiosos enquistados” obstaculizan todo avance hacia una mayor libertad individual⁶⁵. Defiende, entre otras cosas, la libertad de las mujeres en elegir ser o no gestante (siendo informadas de una forma adecuada), en su libertad para tomar decisiones acerca de sus propios derechos sexuales y reproductivos. También menciona esa responsabilidad de cumplimiento de cualquier persona madura cuando formaliza un contrato, responsabilidad que viene de la mano de la libertad que nos es otorgada. Asimismo, menciona como en la Declaración Universal de Derechos Humanos encontramos diferentes disposiciones que podrían justificar la legalización de la gestación subrogada, como es el derecho a la vida privada recogido en el art. 12 de la Declaración, el derecho a fundar una familia recogido en el art. 16 o la libertad de pensamiento, conciencia y religión del art. 18.

Además, parte de la doctrina civilista española, se posiciona a favor de la regulación de la gestación subrogada por varias razones. Por un lado, determinados autores entienden que la procreación es un derecho más dentro de los derechos sociales⁶⁶. Otros, lo ven como un simple instrumento legítimo para combatir la infertilidad⁶⁷. También, se justifica la legalización de la gestación subrogada a través del art. 10 de nuestra Constitución que recoge el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Amparándose “el deseo legítimo y digno de protección jurídica de ser progenitor biológico o legal”⁶⁸ en ese derecho fundamental. Por supuesto, los autores a favor de su regularización optarían por una nueva determinación de la maternidad

⁶⁵ Rallo, J. R, “En defensa de la gestación subrogada”, recuperado en <https://juanramonrallo.com/en-defensa-de-la-gestacion-subrogada/>

⁶⁶ Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, L. *Procreación asistida y derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1991, p.66.

⁶⁷ Lasarte Álvarez, C. “La reproducción asistida y la prohibición legal de maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria”, *La Ley*, Nº 7777, 2012, p.16.

⁶⁸ Vela Sánchez, A. J., *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*, Editorial Comares, Granada, 2012, p. 67.

fundada en el deseo y voluntad de ser madre. Además, en ningún caso entiende que se tratase de una compraventa de un niño si no de la compraventa de un servicio de la mujer gestante.

En efecto, autores como Vela Sánchez⁶⁹ criticaron el informe del Comité porque entendía que tal informe ignoraba la considerable demanda de gestación subrogada que existe en nuestro país. Interpreta que la posición del Comité se deja llevar por “criterios obsoletos” y “perjuicios ideológicos”. Y así insiste en que es necesario afrontar el problema actual en España de una manera razonable y dejar a un lado prohibiciones que carecen de fundamento. Es más, de esta manera, el autor considera que a través de la regulación es cómo se evitarían más daños para todas las partes.

⁶⁹ Vela Sánchez, A. J., “¿En serio? Yo alusión con el comité”, *Diario La Ley*, n. 9035, 2017.

6. DIFERENTES PROPUESTAS DE REGULACIÓN PARA ESPAÑA

La necesidad de regulación de la maternidad subrogada en España es defendida por una gran parte de la doctrina. Unos piensan que, aunque el cuerpo de la mujer o la filiación no debe en ningún caso mercantilizarse para el enriquecimiento de unos pocos y la satisfacción de los deseos de otros, el Derecho debe regular esta conducta ya que la prohibición no está siendo eficaz en la realidad⁷⁰. Así, Farnós sostiene que nuestro Código Civil necesita de una reforma en profundidad a través de la cual se introduzca “la filiación derivada del recurso a las TRA”⁷¹. En este sentido, habla de la obsolescencia de un sistema basado en la filiación por naturaleza que queda en evidencia en “el alcance excesivamente restrictivo de los artículos 7.3 y 10 LTRHA [...]”.

6.1 Reforma orientada en contra de la gestación subrogada

El comité de bioética en su mencionado Informe, sin ninguna pretensión normativa, defiende que la reforma de la ley actual debe orientarse por varios criterios considerados fundamentales, de cara a conseguir una regulación más efectiva⁷². En primer lugar, el comité considera que la nulidad de los contratos de gestación por sustitución también debería aplicarse a los contratos llevados a cabo en el extranjero. Además, sugiere el desarrollo de determinadas sanciones contra las agencias que favorezcan este tipo de contratos. En segundo lugar, es partidario de una prohibición de carácter universal de la gestación por sustitución internacional, de esta forma se evitaría la explotación de las mujeres en determinados países. Por último, el comité sí cree necesario un período de transición hacia la nueva ley, en el que los niños ya nacidos a través de esta técnica no queden desprotegidos. Por ello se debe garantizar a los mismo una filiación en el extranjero conforme a la doctrina establecida por el TS.

⁷⁰ Ávila, C., *op. cit.*, nota 46, p. 328.

⁷¹ Farnós Amorós, E., “La filiación derivada de reproducción asistida: voluntad y biología”, ADC, tomo LXVIII, 2015, p. 46.

⁷² Informe, *op. cit.*, nota 4, p. X

En esta línea, encontramos otra postura que abogaría por el mantenimiento del art. 10 LTRH, pero adaptando en todo caso la Ley del Registro Civil a la nueva doctrina del TEDH, reconociendo en nuestro texto normativo la filiación de los menores nacidos a través de la gestación subrogada. Así, la Fundación Garrigues junto con la Fundación Fide, desarrollaron a finales del año 2018 una propuesta de reforma de la regulación sobre la inscripción de las filiaciones constituidas en el extranjero a través de la gestación por sustitución⁷³. De esta forma, el objetivo de esta reforma es por un lado garantizar que el ordenamiento jurídico español posee una norma de rango legal destinada concretamente a este tipo de inscripciones. Por otro lado, poner en evidencia que estas inscripciones no siempre constituyen una vulneración de nuestro orden público y por lo tanto es necesario que las autoridades vayan al caso concreto. Y, por último, dotar un carácter superior al interés de los menores frente a otro tipo de derechos en riesgo, ya que así lo postula el TEDH.

Por todo lo anterior, el grupo de trabajo sugiere incorporar a la Ley del Registro Civil de 2011 un nuevo artículo 101, situado en el Título X sobre las normas de Derecho internacional privado:

En el caso de la inscripción de títulos extranjeros que acrediten una relación de filiación constituida en el extranjero mediante gestación subrogada, la apreciación de la eventual contradicción con el orden público español deberá tener en cuenta necesariamente el respeto al interés superior del menor, tal y como éste aparece definido en los instrumentos europeos y convencionales en vigor en España⁷⁴.

6.2 Aceptación limitada de la gestación subrogada

Esta posición se sitúa entre las dos posiciones más extremas como son la prohibición o la aceptación amplia de la gestación por sustitución. Se trata de

⁷³ Propuesta de reforma de la regulación española sobre inscripción de relaciones de filiación constituidas en el extranjero mediante gestación subrogada, Fundación para la investigación sobre el derecho y la empresa y Fundación Garrigues, Madrid, 1 de octubre 2018.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 21-22.

la postura la más apoyada por aquellos que quieren regular este tipo de técnica de reproducción asistida.

Dentro de las distintas modalidades de regulación de gestación subrogada altruista, Octavio Salazar, nos sugiere una **propuesta garantista** de regulación que en todo caso debería presentar los siguientes extremos⁷⁵:

1. **Naturaleza altruista**, con la posibilidad de indemnización a la madre gestante de los gastos derivados del embarazo. También hace referencia a la necesidad de prohibir las agencias intermediarias para prevenir que la gestación subrogada resultase en un negocio, llevando a cabo rigurosos controles y sanciones en caso de mediar alguna compensación económica.
2. **Carácter anónimo del proceso**. En ese proceso a los a los solicitantes se le asigna una mujer gestante voluntaria y anónima. En este apartado añade la creación de un Registro de gestantes.
3. Necesidad de un **proceso judicial** para garantizar la protección en todo momento de los derechos de las partes implicadas, sobre todo la protección de las partes más débiles.
4. **Acceso** a la Gestación subrogada sin restricciones. Podrían acudir a este método tanto pajas heterosexuales, homosexuales, casadas, no casadas o padres solteros.
5. **Prohibición** de acudir a esta técnica en España a **solicitantes extranjeros** para evitar la creación del turismo reproductivo.
6. Obligatoria la **aportación de material genético** de al menos uno de los solicitantes. Ya que una de las justificaciones de esta técnica es precisamente la voluntad de tener un hijo genético.
7. Praxis por medio de la **Sanidad Pública**, una vez más para evitar la mercantilización a través de las empresas.
8. **Proceso de idoneidad** a la que se debe someter previamente a la mujer gestante y a las personas solicitantes. Para ellos se exigiría reconocimientos médicos y psíquicos. En cuanto a los solicitantes, debe tratarse de una situación de esterilidad constitucional o contrastada

⁷⁵ Salazar, O., *op.cit*, nota 8, p. 107.

medicamento y haber intentado todos los tratamientos de fertilidad disponibles.

9. **Consentimiento exigido** a la gestante, pudiendo esta retractarse tras el parto revisando su consentimiento durante un período determinado.
10. Sobre la **patria potestad** que ostentan los comitentes, esta recae sobre todos los nacidos y “cualquiera que sea su estado de salud”.
11. **Garantizar** a lo largo del proceso “la plena vigencia de los **derechos de la mujer gestante** sobre su propio cuerpo”, pudiendo esta interrumpir voluntariamente el embarazo si así lo desea.
12. Derecho de los hijos nacidos a tener acceso a los datos que determinen su origen, de una forma similar a la que garantiza la adopción.
13. Previsión de **sanciones** en caso de vulneración de alguno de los derechos o incumplimiento de los requisitos. Por ejemplo, a través de sanciones penales semejantes a las dispuestas en los delitos de trata de menores que contemplan penas de hasta 5 años de prisión.

Si bien es cierto, que, aunque el autor defiende que un procedimiento como el descrito protege los derechos de las mujeres y además evitar que la gestación subrogada se convierta en un negocio, sí reconoce que por todas las garantías que pretende sostener, se convierte en una propuesta poco probable de regulación.

Por otro lado, la Sociedad Española de Fertilidad, defiende también una regulación limitada de la gestación subrogada, ya que considera que la gestación por sustitución es “una realidad de la sociedad de nuestro tiempo, en cuanto que constituye una posibilidad técnica a la que actualmente recurren numerosos ciudadanos españoles...”. Además, como muchos otros, traen a colación la doctrina del TEDH en relación con la filiación de los niños nacido mediante esta técnica como un factor decisivo en el desarrollo de una regulación⁷⁶. La regulación que propone la SEF es parecida a otras propuestas garantistas. En términos generales, la SEF tampoco permitía el pago de un precio a la gestante con la salvedad de una indemnización por molestias o

⁷⁶ Grupo de Ética y Buena Práctica Clínica de la SEF, Propuesta de Bases Generales para la regulación en España de la Gestación por sustitución, 2016, p. 2.

gastos médicos derivados del embarazo. También, la gestante debería cumplir una serie de requisitos médicos y no podría tener en ningún caso relación de parentesco con los comitentes. Esta propuesta, también requiere de una aprobación judicial previa antes del comienzo del proceso que ratifique el consentimiento voluntario informado de la gestante. En este caso, la gestación subrogada sería gestionada por agencias intermediarias, pero sin ánimo de lucro, además también habría un Registro tanto de las mujeres gestantes como de los contratos que se llevarían a cabo. Del mismo modo, en ningún caso podría la gestante aportar material genético propio y el número máximo de embriones transferidos sería de dos.

Por último, en el panorama político actual de España, solo hay un partido con la voluntad de legalizar la gestación subrogada. El **Grupo Parlamentario de Ciudadanos** ya presentaba en septiembre de 2017 en el Congreso de los Diputados la Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación⁷⁷. Su intención era la de legalizar la gestación subrogada altruista, sin perjuicio de las compensaciones resarcitorias que podría recibir la mujer gestante para cubrir gastos médicos derivados del embarazado. Además, la propia ley establece los requisitos que debe cumplir la mujer que desee ser gestante como ser mayor de 25 años, tener plena capacidad jurídica y de obrar, tener un buen estado de salud, haber gestado al menos un hijo sano con anterioridad o poseer la nacionalidad española, entre otras. Sin embargo, el borrador nunca fue aprobado, apenas tienen apoyo del resto de partidos que se posicionan en contra. Asimismo, el proyecto contemplaba una serie de multas de 1.000 hasta 10.000 para las infracciones, llegando a 1 millón para las muy graves como lo sería el pago a la gestante. Por último, este año el partido naranja vuelve a insistir sobre la necesidad de abordar el tema de la gestación por sustitución y las filiaciones de esta derivada, presentando este 22 de febrero una Proposición no de Ley para “Garantizar la inscripción de los menores nacidos en el extranjero por gestación subrogada, de acuerdo a las

⁷⁷ Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación subrogada altruista, de 8 de septiembre de 2017, Núm. 145-1.

obligaciones internacionales asumidas por España y en concordancia con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”⁷⁸.

6.3 Admisión amplia

Destacamos en este apartado la propuesta de regulación del Convenio de gestación por sustitución de Vela Sánchez⁷⁹ que contempla tanto el contrato de gestación subrogada oneroso como gratuito (art. 1). El autor propone que este tipo de contratos se formalicen a través de la precisión de documento público ante notario que una vez firmado haría el convenio irrevocable⁸⁰. Esta propuesta también establece una serie de requisitos tanto para los contratantes como para las mujeres gestantes. Por un lado, los comitentes deberán ser al menos uno, mayores de 25 años. Si se trata de una mujer interesada en ese caso debe aportar documentación médica que acredite una dificultad biológica para llevar a cabo un embarazo ya sea por imposibilidad o por poner en riesgo grave su propia salud o la de su hijo. Los comitentes deberán en todo caso aportar material genético y deberán aceptar cualquier discapacidad física o psíquica del recién nacido (art. 4). Por otro lado, la mujer gestante también debe tener una edad mínima de 25 años, haber tenido anteriormente un hijo sano, exclusivamente podría la gestante participar en un contrato de gestación subrogada un par de veces. La propuesta no prohíbe en ningún caso que la gestante pueda tener una relación de parentesco con los comitentes. Por último, la mujer deberá asumir (incluido su marido) el posible riesgo que conlleva tanto el embarazo como el parto (art. 5).

En cuanto al hijo nacido, se prevé que este pueda conocer su origen biológico si así lo desea (art. 6). La filiación del nacido se hace de manera automática

⁷⁸ Boletín de las Cortes de 22 de febrero de 2019, Núm. 502. Proposición no de Ley presentada por el Grupo parlamentario Ciudadanos, relativa a garantizar la inscripción de los menores nacidos por gestación subrogada en el extranjero.

⁷⁹ Vela Sánchez, A. J., *op. cit.*, nota 60, p. 127 y ss.

⁸⁰ **Art. 3.** Consentimiento e irrevocabilidad. 1. El Notario interviniente deberá verificar especialmente que el consentimiento de la mujer gestante se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo, violencia o intimidación. 2. Los consentimientos prestados en el convenio de gestación por sustitución serán irrevocables con independencia de su carácter oneroso o gratuito.

para ambos comitentes, aunque sea solo uno el portador de material genético, siempre y cuando hubiere consentimiento previo y expreso del otro (art. 7).

Además, la propuesta de Ley dedica el Título IV a los efectos del incumplimiento del convenio de gestación por sustitución. Así, el art. 9 establece que, en caso de interrupción voluntaria del embarazo por parte de la gestante, esta deberá devolver el importe que hubiera recibido de los comitentes, además e indemnizar a los mismo por los perjuicios causados. Del mismo modo, si la gestante no quisiera entregar al niño nacido, esta incurriría tanto en responsabilidad civil como penal (art. 10).

También se prevé en la proposición de regulación, que solo los centros correctamente homologados podrían llevar a cabo la prestación de este tipo de servicios. Además, antes del proceso estarán obligados a exigir a las partes el convenio de gestación subrogada firmado ante Notario (art. 14).

Por último, el autor es consciente de que la introducción de esta propuesta a nuestro ordenamiento jurídico actual supondría necesariamente la reforma de varias leyes vigentes. De esta manera, Vela Sánchez contempla modificaciones en las siguientes leyes:

- Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.
- Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.
- Código Civil
- Código Penal

6.4 Normativa de carácter internacional

Por un lado, ya en 2016 una diputada del Parlamento Europeo presentó una propuesta de resolución sobre la gestación subrogada⁸¹ pidiendo a la Comisión

⁸¹ Propuesta de Resolución de 15 de abril de 2016, sobre la gestación subrogada como un riesgo para los derechos de las mujeres y de los niños, B8-0694/2016.

“que defina una protección jurídica a nivel de la Unión para los individuos, actuales y futuros, nacidos mediante la gestación subrogada”.

Ante la heterogeneidad de los ordenamientos jurídicos y los problemas que suscitan sobre todo en el supuesto de la gestación subrogada aquí analizado, hay autores que consideran necesario una normativa de carácter internacional que cuente con la cooperación de los países de origen y los Estados de destino donde pretende asentarse la familia (los comitentes y el hijo nacido por gestación subrogada). Se trata de una forma de eliminar la eclosión de situaciones en fraude de ley acudiendo a países de origen y también acaban con la desprotección jurídica que los menores en los países de destino⁸².

En esta línea, entre el 3 de enero y 2 de febrero de 2017 tuvo lugar en la Haya una reunión de expertos que discutieron sobre filiación y maternidad subrogada⁸³. Ante las conclusiones, el grupo determinó por aquel entonces de que se trataba de un tema complejo y teniendo en cuenta la diversidad de opiniones de los diferentes Estados sobre el contrato de gestación subrogada, se hizo imposible llegar a unas conclusiones definitivas en relación con la posible construcción de normas de carácter general y de derecho internacional privado respecto de la filiación y los contratos de gestación subrogada. Por ello el grupo también manifestó la necesidad de una mayor discusión complementaria sobre el tema. Durante estos últimos años el grupo se ha ido reuniendo más veces, teniendo lugar la última reunión el pasado febrero 2019, donde entendieron definitivamente que la filiación derivada de la gestación subrogada internacional necesita un tratamiento específico para facilitar en todo caso su aplicación y para conseguir el respeto de ciertas garantías necesarias. El grupo entiende que se trata de una mejor solución cuyo fin es respetar las diferentes posturas de la maternidad subrogada a nivel mundial y las preocupaciones políticas de los diferentes estados. Por ello, los expertos han considerado que la mejor manera de avanzar sobre el asunto de la filiación

⁸² Álvarez Rodríguez, A., y Carrizo Aguado, D., “Tratamiento legal del contrato de gestación por sustitución en el Derecho Internacional Privado español a la luz de la STS de 6 de febrero de 2014. Dime niño, ¿de quién eres...?”, *LA NOTARIA*, 2014, p. 65.

⁸³ Conférence de la Haye de Droit International Privé (31 janvier au 3 février 2017), Rapport du groupe d’experts sur le projet filiation / maternité de substitution.

derivada de un contrato de gestación subrogada internacional es a través del desarrollo de un instrumento separado⁸⁴.

⁸⁴ Fifth meeting of the experts' group on the parentage / surrogacy project from 29 January to 1 February 2019, p. 6.

7. CONCLUSIÓN

Como se ha expuesto a lo largo de todo el trabajo, se trata de un tema realmente complejo. El concepto de familia ha evolucionado y ahora las nuevas técnicas de reproducción humana asistida provocan un debate en la sociedad sobre los límites en el uso de estas nuevas alternativas.

En cuanto a la situación española en relación con la maternidad subrogada, es inevitable estar de acuerdo, en que el régimen actual es insuficiente. Además, se trata de un tema que debe afrontarse por partes. Por un lado, debemos abordar el tratamiento jurídico que debe tener la gestación subrogada en nuestro país y por otro, plantearse la eficacia de la filiación constituida en el extranjero de los hijos nacidos mediante esta técnica.

Respecto de las posibles respuestas legislativas para España, uno de los argumentos más repetidos por aquellos a favor de la regulación de la gestación subrogada es el hecho de que esta práctica sea ya una realidad en nuestro país y que la demanda crezca cada vez más. Por ello, es necesaria su regulación ya que el Derecho debe adaptarse a las nuevas reclamaciones sociales. Sin embargo, este no parece un argumento suficiente para justificar la admisión legal de una actividad en concreto. En España hay y ha habido mucha demanda de ciertos productos o actividades, que nunca se han llegado a legalizar, siendo estos mucho más solicitados.

En cuanto a las propuestas garantistas, hemos visto que hay autores que sí desarrollan un modelo regulatorio que intenta salvaguardar los derechos de todos los participantes (especialmente los de la gestante y el niño). No obstante, estos mismos autores son los que cuestionan que sea posible llevar a la práctica esas propuestas, precisamente por la cantidad de cuestiones a las que hay que atender.

Y es que, uno de los elementos a tener en cuenta a la hora de elaborar una norma cuyo objetivo es resolver un problema, es que la medida que vaya a tomarse no genere otro problema igual o más grave que el que intenta solucionar. Si bien es cierto, que ninguna ley es perfecta y siempre surgirán casos especiales.

Sin embargo, en el caso de la gestación subrogada, tenemos que tener en cuenta que, siendo ya esta práctica ilegal en España, ha habido personas que han eludido la ley acudiendo a la gestación subrogada internacional. Además, aunque sea imposible de averiguar la cifra y por muy pequeña que sea, tenemos que contar con que en España se están llevando a cabo gestaciones subrogadas clandestinas. El hecho de legalizar esta práctica para poner solución a un problema social podría traer consecuencias mucho más graves por lo complicado que resultaría mantener esa garantía para las partes durante todo el proceso. Además, no son pocos, los autores que afirman que, de legalizarse la gestación subrogada, se crearía un mercado negro inevitablemente, por ejemplo, pagaría a las mujeres que gestan de manera altruista de forma oculta. Aunque se persiguiesen todos estos aspectos con duras penas, creo que la regularización que admitiese la GS de forma limitada en la actualidad traería problemas también graves que el problema en sí que intenta solucionar.

Por todo, no parece viable a día de hoy un modelo regulatorio que admitiese la gestación subrogada, ya que las propuestas analizadas, tienen deficiencias en cuanto a la protección de los derechos y dignidades del hijo y la gestante. Además, la discrepancia tanto política como social, y la ausencia de un debate ético más reflexivo, dificultan cualquier proceso de reforma importante en nuestro ordenamiento jurídico. En tanto no se produzca ese debate, y se profundice en las diferentes propuestas y en su encaje en nuestro ordenamiento jurídico de una forma completa, habrá que mantener el sistema vigente, intentando garantizar siempre la protección de los más débiles

Por ello, en relación, a la filiación de los menores nacidos mediante estas técnicas, es interesante la propuesta de Garrigues con Fide, sobre todo en el contexto de la nueva Ley del Registro Civil. Ese nuevo artículo 101 LRC garantizaría en todo momento la protección jurídica del menor. Por un lado, sí es necesario dotar de protección a esos menores, ya que aun habiendo otros métodos de filiación en España a los que los padres pueden acudir, el caso de Kiev pone de manifiesto que los mecanismos actualmente vigentes de nuestro ordenamiento no garantizan siempre esa protección. No obstante, esta medida podría resultar incentivadora, y si la gestación subrogada va en contra del orden público español como ha

entendido nuestro TS, sería incoherente que se facilitara la GS internacional por parte del Estado. Por ello, cabe reflexionar, como ha señalado el comité de bioética, sobre si se debiese o no sancionar a las agencias españolas que ofrecen esta clase de servicios acudiendo a la gestación subrogada internacional. Prima, no obstante, la protección de los niños.

Finalmente, desde la óptica de la filosofía del Derecho, uno de los aspectos fundamentales en el debate sobre la gestación subrogada, y en relación con otros temas igualmente polémicos, es el límite de la libertad individual. Para unos la libertad no debe tener límites más que la aplicación exclusiva el conocido principio de “Mi libertad se termina dónde empieza la de los demás”. Para otros, pensando más en cómo debería ser la sociedad en conjunto y no desde una perspectiva individualista, es importante que todo ordenamiento jurídico se apoye en una serie de valores y principios que nos recuerden la importancia que determinados derechos irrenunciables.

8. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Legislación:

Convenio Europeo de Derechos Humanos

Declaración Universal de los Derechos Humanos

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (BOE núm. 206).

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 281).

Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (BOE 27 de mayo de 2006).

Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (BOE 22 de julio de 2011).

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

Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la Dirección de los Registros y del Notariado sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución (Disposición 15317 del BOE núm. 243).

Instrucción de 18 febrero de 2019 de la Dirección de los Registros y del Notariado sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución (Disposición del BOE núm. 45).

Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de diciembre de 2015, sobre el 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))

Jurisprudencia:

Tribunal Constitucional, Sentencia de 17 de junio, núm 116/1999, FJ 14, RTC 1999/116.

Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, Sentencia de 15 de septiembre de 2010, Núm. 193/2010.

Audiencia Provincial de Valencia, Sentencia de 23 de noviembre de 2011, Núm. 826/2011.

Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sentencia de 6 de febrero de 2014, Núm. 247/2014.

Tribunal Europeo De Derechos Humanos, Sentencias de 26 de junio de 2014, Caso *Mennesson c. France* (n.º 65192/11) y caso *Labassee c. France* (n.º 65941/11).

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección n.º 18, 16 de octubre de 2018, Auto Núm. 565/2018.

Obras doctrinales:

Albert Márquez, M., “Los contratos de gestación de sustitución celebrados en el extranjero y la nueva ley del Registro Civil”, *Diario La Ley*, nº 7863, 2012.

Albert, M., “La explotación reproductiva de mujeres y el mito de la subrogación altruista: una mirada global al fenómeno de la gestación por sustitución”, *Cuadernos de bioética XXVII 2017/2ª*, p. 177 – 197.

Álvarez González, S., “Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, tomo X, 2010, p. 339-337.

Álvarez Rodríguez, A., y Carrizo Aguado, D., “Tratamiento legal del contrato de gestación por sustitución en el Derecho Internacional Privado español a la luz de la STS de 6 de febrero de 2014. Dime niño, ¿de quién eres...?”, *LA NOTARIA*, N° 2, 2014, p. 59-75.

Ávila Hernández, C. J., “La maternidad subrogada en el Derecho Comparado”, *Cadernos de Derecho Actual*, N° 6, 2017, p. 313-344.

Barber Cárcamo, R., “La legalización administrativa de la gestación por sustitución en España”, *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 739, 2013, p. 2905-2950.

Burpee, A. L. “Momma Drama: A study of how Canada’s National Regulation of surrogacy Compares to Australia’s Independent State Regulation of surrogacy”, *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 37, 2009, p. 305-307.

Bustos Pueche, J. E., *El Derecho Civil ante el reto de la nueva genética*, Dykinson, Madrid, 1996.

Calvo Caravaca, A. L., y Carrascosa González, J., “Gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 7, N° 2, 2015 p. 45-113.

Flores Rodríguez, J., “Atrapados en un vientre de alquiler en Ucrania: ¿Bioética o biopoder?”, *La Ley*, 2019, p. 1.

García Rubio, M. y Herrero Oviedo, M., “Maternidad subrogada: Dilemas éticos y aproximación a sus respuestas jurídicas”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 2017, p. 67.

Jiménez Muñoz, F. J., “Denegación de la inscripción de la filiación determinada por la celebración de un contrato de gestación por sustitución. Comentario a la

STS 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (RJ 2014, 736)”, *Rev. Boliv. De derecho*, nº18, 2014, p. 400-419.

Lamm, E., *Gestación por sustitución: Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Publicación y Edición de la Universidad de Barcelona, Barcelona, 2017, p. 27.

Lasarte Álvarez, C. “La reproducción asistida y la prohibición legal de maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria”, *La Ley*, Nº 7777, 2012.

Los métodos en la investigación jurídica. Algunas precisiones. Carlos Manuel Villabella Armengol. 2015. Universidad Nacional de México. Instituto de investigaciones Jurídicas.

Leonseguí Guillot, R. A., “La maternidad portadora, sustituta, subrogada o de encargo”, *BFD*, n. 7, 1994, p. 317- 338.

Lorenzo-Rego, I., *El concepto de familia en Derecho español: un estudio interdisciplinar*, Bosch Editor, España, 2014.

Merrick, J. C., “The Case of Baby M”, Bartels, D. (ed.) ... [et al.], *Beyond Baby M*, Humana Press, Clifton, 1989, p.183-200.

Nelson, E., “Global Trade and Assisted Reproductive Technologies: Regulatory Challenges in International Surrogacy”, *Journal of law, medicine & ethics*, volume 41, issue 1, 2013, p. 240 – 253.

Pardillo Hernández, A., *El derecho de familia en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

Ravetllat Balleste, I., “El interés superior del niño: concepto y delimitación del término”, *Educatio Siglo XXI*, Vol. 30, Nº 2, 2012, p. 89-108.

Romero Coloma, A., M., *La maternidad subrogada a la luz del Derecho español*, Dilex, Madrid, 2016.

Rotemberg, E. y Agrest Wainer, B., *Homoparentalidades. Nuevas familias*, Lugar, Buenos Aires, 2010 *apud* Hector Zanier, J., *et al*, “Familias formadas a partir de técnicas de reproducción humana asistida heteróloga: Un aporte interdisciplinario”, *Perspectiva en psicología*, vol. 15, n. 1, 2018, pp. 25-33.

Salazar Benítez, O., “La gestación por sustitución desde una perspectiva jurídica: algunas reflexiones sobre el conflicto entre deseos y derechos”, *Revista de Derecho Político*, n. 99, 2017, pp. 79-120.

Valdivia Sánchez, C., “La familia: concepto, cambios y nuevos modelos”, *La Revue du REDIF*, vol. 1, 2008, pp. 16-22.

Vela Sánchez, A. J., *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*, Editorial Comares S.L., Granada, 2012.

Vela Sánchez, A. J., “¿En serio? Yo alusión con el comité”, *Diario La Ley*, n. 9035, 2017.

Villabella Armengol, C. M., “Los métodos en la investigación jurídica. Algunas precisiones.”, *Biblioteca jurídica virtual del Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM*, 2015, p. 940.

Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, L. *Procreación asistida y derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1991.

Otras fuentes:

Asamblea General de Naciones Unidas (2018), Informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños (A/HRC/37/60).

Asociación por la Gestación Subrogada en España, Manifiesto recuperado el última 3 de abril de 2019 en <http://www.xn--gestacionsubrogadaenespaawoc.es/index.php/2013-10-16-13-08-07/manifiesto>.

Comité de los Derechos del Niños de Naciones Unidas (2013), Observación General N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1) recuperado 27 de marzo 2019 de http://www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/14.pdf.

Conférence de la Haye de Droit International Privé (31 janvier au 3 février 2017), Rapport du groupe d'experts sur le projet filiation / maternité de substitution.

Cortes Generales, Congreso de los Diputados (1986), Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación *In Vitro* y la Inseminación Artificial Humana.

Grupo de Ética y Buena Práctica Clínica de la SEF, Propuesta de Bases Generales para la regulación en España de la Gestación por sustitución, 2016.

Informe del comité de bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada, 2017.

Ministry of Health of Ukraine (12/23/2008) Instruction on Procedures for Assisted Reproductive Technologies No. 771.

Fundación Garrigues y Fide (2018) Propuesta de reforma de la regulación española sobre inscripción de relaciones de filiación constituidas en el extranjero mediante gestación subrogada.

Fifth meeting of the experts' group on the parentage / surrogacy project from 29 January to 1 February 2019, p. 6.

Parlamento Europeo, Propuesta de Resolución de 15 de abril de 2016, sobre la gestación subrogada como un riesgo para los derechos de las mujeres y de los niños, B8-0694/2016.

Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación subrogada altruista, de 8 de septiembre de 2017, Núm. 145-1.

Proposición no de Ley presentada por el Grupo parlamentario Ciudadanos, relativa a garantizar la inscripción de los menores nacidos por gestación subrogada en el extranjero, Núm. 502, (Boletín de las Cortes de 22 de febrero de 2019).