



FACULTAD DE DERECHO

**MATERNIDAD SUBROGADA DESDE EL
DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO
ESPAÑOL**

AUTORA: DIANA ISABEL LÓPEZ FERNÁNDEZ

4º E1-BL

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

TUTORA: MARÍA SALOMÉ ADROHER BIOSCA

Madrid
Junio 2018

Resumen: La definición de familia en la actualidad es cada vez más amplia y el avance experimentado en las ciencias biológicas relacionadas con la reproducción humana pone a nuestra disposición numerosas formas de ser creada. Ante la imposibilidad de tener un hijo por sus propios medios, numerosas parejas españolas recurren a la maternidad subrogada como forma de crear una familia. Esta técnica o práctica se encuentra totalmente prohibida en el ordenamiento jurídico español al considerar el contrato creado entre las dos partes involucradas, padres comitentes y madre gestante, nulo de pleno derecho.

Esta nulidad, no solo presente en España sino también en la mayoría de legislaciones de nuestro entorno, ha provocado la denominada maternidad subrogada internacional, en la cual las parejas o personas individuales viajan a países extranjeros en los cuales el contrato sí es válido. Como consecuencia surgen problemas relacionados con el reconocimiento de los documentos emitidos por las autoridades de los países en los que el nacimiento tiene lugar a la hora de inscribir al menor nacido en el Registro consular español correspondiente.

La respuesta a este problema dada por las autoridades y la jurisprudencia españolas ha sido muy variable y contraria en múltiples casos a las últimas resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, además de haber generado un intenso debate doctrinal y legislativo con posiciones diametralmente opuestas y que todavía no se encuentra resuelta.

Palabras clave: maternidad subrogada, filiación, reproducción humana asistida, mujer, reconocimiento, Derecho Internacional Privado español, contrato, menor, Registro consular.

Abstract: The definition of family today is becoming more and more widespread and the progress experienced in the biological sciences related to human reproduction puts at our disposal numerous ways of being created. In the facing of the inability to have a child by its own means, many Spanish couples resort to surrogacy as a way of creating a family. This technique or practice is totally prohibited in the Spanish law system when considering the contract created between the two parties involved, parents and pregnant mother, null and void of full right.

This nullity, not only present in Spain but also in the majority of legislations of the European countries with a civil law based system, has provoked the so-called international surrogacy, in which couples or individuals travel to foreign countries in which the contract is valid. Consequently, there arise problems related to the recognition of the documents issued by the authorities of the countries in which the birth takes place when registering the born child in the corresponding Spanish consular registry.

The answer to this problem given by the Spanish authorities and jurisprudence has been very variable and contrary in multiple cases to the last resolutions of the European Court of Human Rights. Besides, this has generated an intense doctrinal and legislative controversy with diametrically opposed positions that it is not yet resolved.

Key words: surrogacy, filiation, assisted human reproduction, woman, recognition, Spanish Private International Law, contract, minor, Consular Registry

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.....	5
2. MARCO JURÍDICO GENERAL.....	8
2.1 Derecho español.....	8
2.1.1 La maternidad subrogada en el Código Penal.....	9
2.1.2 Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida	12
2.1.3 La filiación en el Código Civil español.....	15
2.2 Gestación subrogada en Derecho comparado.....	18
2.2.1 Nulidad de los contratos de maternidad subrogada.....	19
2.2.2 Maternidad subrogada “altruista”.....	20
2.2.3 Maternidad subrogada “comercial”.....	24
2.3 Derechos afectados.....	27
2.3.1 Interés superior del menor: Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del menor.....	28
2.3.2 Derechos de la mujer.....	33
3. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ANTE LOS CONTRATOS DE SUBROGACIÓN EN EL EXTRANJERO.....	38
3.1 Reconocimiento de inscripciones en Registros extranjeros.....	39
3.2 Doctrina y jurisprudencia ante la Instrucción de 2010.....	42
3.2.1 Antecedentes y problema jurídico de la Instrucción.....	43
3.2.2 Jurisprudencia Tribunal Supremo.....	44
3.3 Trabajos de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado.....	45
4. CONCLUSIONES.....	50
5. BIBLIOGRAFÍA.....	52

1. INTRODUCCIÓN

En la actualidad es cada vez más popular que no solo parejas formadas por un hombre y una mujer sino también parejas del mismo sexo o personas solas tengan el deseo de ser padres y formar una familia, yo misma tengo ese deseo, yo quiero ser madre en un futuro pero me surgen muchas preguntas: ¿Y si yo biológicamente no puedo? ¿Y si no puedo adoptar? La respuesta a estas preguntas me lleva directamente al tema elegido para investigar y escribir este trabajo de fin de grado: la maternidad subrogada.

¿Pagaría por tener un hijo aunque no lo gestase yo?

Como mujer aparece el conflicto ético en mi mente, en el cual tengo que decidir si prima mi deseo de ser madre y de formar una familia sobre la libertad de la mujer que va a someter su cuerpo y su salud para gestar a mi hijo por mí. Parte de la opinión pública defiende que las mujeres que se ofrecen a llevar a cabo la gestación subrogada lo hacen de forma libre y voluntaria pero por otra parte se critica esa supuesta libertad ya que no se concibe cómo una mujer se puede someter a un proceso tan importante y que supone tantos cambios en su vida y en su propio cuerpo como es el embarazo sin que haya detrás un problema económico que quiera solventar.

La maternidad subrogada es considerada en numerosos países como una técnica de reproducción humana asistida (TRHA), comparable a la fecundación in vitro o la inseminación artificial. En España, esta práctica también se considera una TRHA, pero a diferencia de otros países alrededor del mundo y comparada con las demás técnicas, la maternidad subrogada está expresamente prohibida en el ordenamiento interno y tipificada como delito en el Código Penal español.

El conocimiento generalizado de la existencia de esta práctica ha provocado que se utilicen numerosos términos para denominar la práctica, siendo algunas de estos: “maternidad subrogada”, “gestación por sustitución” “gestación subrogada” o “vientres de alquiler”, lo que resulta en la utilización de todos ellos indistintamente a lo largo de este trabajo de fin de grado.

Al establecerse en España la prohibición expresa de la práctica, no existe ninguna forma de conocer el número exacto de menores nacidos por medio de esta técnica practicada

en el extranjero. Únicamente podemos remitirnos a artículos de prensa o, como en nuestro caso, al Informe Familia del año 2017¹, publicado por la Universidad Pontificia Comillas, en cuya segunda parte incluye la maternidad subrogada como primera tendencia de la actualidad relacionada con la familia y su formación actual.

En el informe se mencionan datos obtenidos por la ONG suiza International Social Security los cuales indican que en la actualidad nacen aproximadamente unos 20.000 niños por medio de acuerdos de subrogación, de los cuales entre 800 y 1000 serían hijos de españoles. Aunque estos datos no están comprobados oficialmente, se puede llegar a afirmar que la gestación por sustitución es un tema actual que a su vez se encuentra en una laguna legal que los partidos políticos y otros grupos sociales en la actualidad están pretendiendo solventar. Bien intentando aprobar una ley que regule la práctica en nuestro país como forma de controlar los acuerdos de subrogación y registrar a los menores nacidos, o bien intentando impedir que se legalice la práctica remarcando la importancia de los dos factores primordialmente afectados por la maternidad subrogada: el interés superior del menor y el derecho de la mujer.

El debate ético y jurídico que rodea este tema de actualidad es cada vez de mayor magnitud, enfrentando grupos sociales que en relación con otros temas que han provocado controversia en la sociedad se han mantenido unidos pero que, ante la gestación por sustitución, se han separado y uniéndose a grupos sociales e ideológicos que a simple vista tienen ideales totalmente opuestos pero que ante la gestación por sustitución tienen el mismo pensamiento contrario. Un ejemplo claro ha sido la alianza de grupos cristianos conservadores con grupos feministas y la unión de partidos políticos de ideologías totalmente opuestas en el Congreso de los Diputados ante la propuesta de ley presentada por el grupo parlamentario de Ciudadanos.

Señal de la inestabilidad presente en la sociedad y política española con respecto al tema, hemos sido testigos el pasado 11 de junio del enfrentamiento vivido a través de los medios de comunicación entre la recién nombrada Vicepresidenta y Ministra de Igualdad, Carmen Calvo y el diputado, Albert Rivera. Tras las declaraciones efectuadas por la Vicepresidenta manifestando: “No valen eufemismos. Se llaman vientres de alquiler y son una nueva utilización del cuerpo de las mujeres particularmente grave

¹ Instituto Universitario de la Familia. Universidad Pontificia Comillas (2017). Informe familia 2017. (Disponible en: <https://blogs.comillas.edu/informefamilia/informe-familia/>; última consulta: 10/04/2018).

para nosotros porque usan el cuerpo de la mujer más pobre", consolidando así el total rechazo a la práctica y legalización de la maternidad subrogada por su parte y la de su partido, recientemente al frente del gobierno de la nación, el líder del partido Ciudadanos acusó a la Vicepresidente de tener "un planteamiento retrógrado" y exigió: "que pida perdón" por haber "ofendido" a muchas mujeres con sus afirmaciones "contra la libertad y la igualdad de éstas al hablar de la maternidad subrogada"².

La duda que surge al pensar en este tema actual y que intentaremos resolver es básicamente si un deseo puede considerarse un derecho o si por el contrario, el deseo de algunas personas es razón para justificar la violación de los derechos e intereses de otras.

Al tratarse de un tema relativamente moderno, mi investigación no ha estado basada en manuales jurídicos ya que no existen manuales que traten el tema de este trabajo en profundidad y de manera teórica.

Debido a esta situación de escasez doctrinal, la investigación teórica seguida para la realización de este trabajo de fin grado ha consistido en el estudio de informes realizados por comités de ética, documentos publicados por organizaciones internacionales preocupadas por el tratamiento de la maternidad subrogada en las legislaciones internas de cada país y legislación interna relacionada con el tema, unido a legislación interna que regula factores y ámbitos que son afectados de manera directa por la práctica de la gestación por sustitución.

Sin embargo, desde un punto de vista práctico y como medio para conocer de una manera más profunda el tema a tratar, he consultado artículos de prensa y documentos publicados por grupos tanto partidarios como contrarios a esta práctica no solo poniendo la mirada en el contexto nacional sino también en el contexto internacional. De todas formas, al tratarse de artículos de opinión, solo han sido utilizados como guía con el fin de tener una mejor comprensión del tema y no como fuente fiable en la cual basar mi investigación.

Como forma de otorgar al tema, tanto una visión nacional como internacional, he realizado una investigación "de adentro hacia afuera", es decir, primero la investigación

² Prats, J.M., "El rechazo de Calvo a los vientres de alquiler irrita a Rivera", El Periódico, 11 de junio de 2018 (disponible en <https://www.elperiodico.com/es/sociedad/20180611/ventre-alquiler-polemica-psoe-ciudadanos-6870125>; última consulta 12/06/2018)

se basó en la legislación interna que existe en España para a continuación analizar la maternidad subrogada en diferentes países con el fin de establecer su relación directa con el área del Derecho Internacional Privado.

Durante todo el trabajo de investigación han surgido dudas y preguntas, incluidas en el texto, debido al impacto social del tema y la escasez normativa. Siendo al mismo tiempo un tema controvertido que afecta a dos individuos, que desgraciadamente se consideran vulnerables y cuyos derechos e intereses son suprimidos por la práctica de la maternidad subrogada, los menores y las mujeres.

Como consecuencia de ello, el estudio y el trabajo fruto de este, estará dirigido a la búsqueda de respuestas desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado y con especial atención a lo establecido por las organizaciones y tribunales internacionales.

2. MARCO JURÍDICO GENERAL

2.1 Derecho español

Con el fin de poder aproximarnos de una manera más personal y poder entender mejor los problemas que están apareciendo con respecto a la práctica de la gestación subrogada es importante analizar el problema en un primer lugar desde una perspectiva nacional.

En la actualidad, la práctica de la maternidad subrogada en España no solo está totalmente prohibida y se considera el contrato que lo establece nulo de pleno derecho, sino que es una acción tipificada en el Código Penal español. Ante esta situación se puede entender que la maternidad subrogada genera un total rechazo por parte del legislador español, que hoy en día, continua sin legalizar la práctica.

Esta prohibición expresa conlleva a su vez un problema social grave ya que, cómo se ha mencionado con anterioridad, numerosos individuos y parejas viajan al extranjero con el fin de llevar a cabo una práctica que en España es tan criticada y que con tanta fuerza se prohíbe sin que el ordenamiento pueda impedir que dichas personas regresen a España con un menor inscrito en un Registro Civil de un consulado en alguna parte del mundo y una relación de filiación establecida no solo con el padre biológico sino también con una mujer que no ha sido quien le ha dado a luz.

El marco jurídico vigente que rodea la práctica de la maternidad subrogada es principalmente el Código Penal³ español y la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida⁴. Pero también debe ser tenido en cuenta el Código Civil⁵, y su regulación de la filiación, y la legislación de Registro civil en lo relativo a la inscripción en el mismo de nacimientos ocurridos en el extranjero. En los dos primeros cuerpos normativos aludidos el legislador ha prohibido esta práctica, sanción que no ha impedido que nacionales españoles puedan cometer en el extranjero una acción considerada delito en España, sin tener ningún tipo de control o incidencia en ello.

2.1.1 La maternidad subrogada en el Código Penal

Como ya hemos mencionado anteriormente, el Ordenamiento Jurídico español prohíbe expresamente cualquier modelo de maternidad subrogada al considerar nulo de pleno derecho el contrato que se crea entre las partes, padres subrogantes y gestante. Unida a esta prohibición la doctrina ha relacionado la práctica de la gestación por sustitución con un tipo incluido en nuestro Código Penal, que aunque no mencione de forma literal “gestación por sustitución” si que ha sido considerado como la tipificación de la práctica si se lleva a cabo en nuestro territorio. El artículo en cuestión es el siguiente:

³ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 281 de 24 de noviembre de 1995) Última actualización publicada el 28 de abril de 2015.

⁴ Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (BOE núm. 126 de 27 de mayo de 2006) Última actualización publicada el 14 de julio de 2015.

⁵ Real Decreto, de 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil (BOE núm. 206 de 25 de julio de 1889) Última actualización publicada el 29 de junio de 2017.

Artículo 221.

1. Los que, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concurra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación, serán castigados con las penas de prisión de uno a cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a 10 años.

2. Con la misma pena serán castigados la persona que lo reciba y el intermediario, aunque la entrega del menor se hubiese efectuado en país extranjero.

3. Si los hechos se cometieren utilizando guarderías, colegios u otros locales o establecimientos donde se recojan niños, se impondrá a los culpables la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de las referidas actividades por tiempo de dos a seis años y se podrá acordar la clausura temporal o definitiva de los establecimientos. En la clausura temporal, el plazo no podrá exceder de cinco años.

Tras la investigación llevada a cabo, podemos concretar que la práctica de la maternidad subrogada, según la doctrina más reciente, tipifica dicha práctica dentro de los dos primeros apartados de este tipo penal y, por lo tanto, centraremos nuestro análisis en dichos apartados.

De forma esquemática, Blanca Llaría Ibañez⁶, determina que la “ratio legis” de este precepto penal según la jurisprudencia emitida por la AAP, Vizcaya, 1ª, 16/2005, 13-1, consiste en evitar que el menor sea tratado como una mercancía, susceptible de ser comprado y vendido.

A continuación, la autora concreta tanto la definición del tipo objetivo como la del subjetivo. En primer lugar, el tipo objetivo se concreta en la acción consistente en la entrega de un menor mediando compensación económica, excluyendo de esta forma la entrega sin contraprestación. La motivación económica, según la AAP, Madrid, 7ª, 63/2003, 11-2, debe estar presente en la acción lo que la configura como un elemento esencial del tipo. En segundo lugar, el tipo subjetivo, debe existir voluntad por parte del adoptante de asumir los deberes inherentes a la filiación.

⁶ Llaría Ibañez, B. (2003). *LIBRO II. Título XII. De la suposición de parto y de la alteración de la paternidad estado o condición del menor*. Álvarez García, F.J (dir.), *Doctrina Penal de los Tribunales Españoles Colección Doctrina Jurisprudencial*. Valencia: Tirant lo Blanch.

En el manual “Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010”⁷ se incluye de forma más extensa y detallada un comentario al artículo tratado en este epígrafe haciendo uso de la jurisprudencia anteriormente citada que se expone a continuación.

Según los autores, este precepto regula las distintas modalidades de trata de niños, manteniendo que lo decisivo de este tipo consiste en la existencia de compensación económica en la alteración de la filiación del menor entregado de una parte a la otra.

Definen que el bien jurídico protegido no solo se limita a los derechos de filiación del menor, sino que va más allá, siéndolo de igual modo la propia dignidad de la persona, violada al ser dicho menor objeto de una transacción económica, concluyendo que no es necesaria la existencia de un perjuicio para el menor.

En cuanto al sujeto activo, puede serlo cualquier persona que venda un menor, concurriendo o no relación de filiación o parentesco y se equipara la responsabilidad penal de la persona que lo entrega, la que lleva a cabo una acción de intermediario y la persona que recibe el menor a cambio del pago económico.

Por expresa disposición legal se excluye a las personas mayores de edad aun siendo estos incapaces como sujetos pasivos. Únicamente lo serán los menores de edad.

La doctrina define la conducta típica en la acción de la entrega de niños eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción incluidos en los arts. 24 ss. LO 1/1996, 15-1 protección del menor⁸; arts. 172 ss. CC y arts.1825 ss. Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC)⁹, y aclara que dicha elusión se producirá de igual forma cuando tenga lugar la venta utilizando violencia o engaño, a pesar de que los procedimientos se hayan seguido conforme a la forma legalmente prevista. Unido a la acción de entregar, la doctrina incluye en la conducta típica que dicha entrega debe realizarse con la finalidad de establecer una relación análoga a la filiación, utilizando por tanto este elemento subjetivo como delimitador con respecto a los delitos de

⁷ Fernández Bautista, S., Corcoy Bidasolo, M., Cardenal Monraveta, S., Mir Puig, S., Bolea Bordón, C., Gallego Soler, J.I., Gómez Martín, V., Santana Vega, D., Mir Puig, C., Hortal Ibarra, J.C., Carpio Briz, D., Artaza, O., Besio, M. (2011). *Libro segundo Título duodécimo del Código Penal (Arts. 217 a 233)*. González Cussac, J.L. (dir.) Górriz Royo, E. (coord.), Matallín Evangelio, A. (coord.) Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010. (epígrafe 21). Valencia: Tirant lo Blanch.

⁸ Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996) Última actualización publicada el 29 de julio de 2015.

⁹ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 7 de 8 de enero de 2000) Última actualización publicada el 4 de noviembre de 2011 (nueva actualización en proceso)

prostitución infantil de los artículos 187 y 188 del Código Penal y el delito del tráfico de menores para la mendicidad, del artículo 232.2.

Al ser el elemento decisivo de este tipo la existencia de una compensación económica, según estos autores, la doctrina mayoritaria exige la satisfacción efectiva de dicha compensación para que se consuma el delito, pudiendo apreciarse su comisión en grado de tentativa cuando solamente se haya entregado el menor o la compensación económica. En cambio, según la doctrina minoritaria, la mera promesa económica ya supone la consumación del delito.

En el segundo apartado del artículo, aparte de extender el tipo a receptores e intermediarios como se ha expuesto en la explicación de la figura del sujeto activo, se incluye, según los autores de este comentario, una regla específica que otorga la competencia extraterritorial de los Tribunales españoles, análoga a lo previsto en el artículo 23.4 f.) de la Ley Orgánica del Poder Judicial¹⁰.

Aun teniendo esto presente, la doctrina mayoritaria limita esta competencia a diferencia de los casos de jurisdicción universal. La ley española debe aplicarse en aquellos supuestos en los que la entrega del menor realizada en el extranjero tenga transcendencia en nuestro país, pudiendo ser este el caso de la maternidad subrogada internacional. Unido a esta delimitación, la doctrina mayoritaria determina que dicha referencia a la eventual extraterritorialidad española se aplica únicamente al intermediario y receptor del menor, dejando sin pena a quien realiza la entrega si esta tiene lugar en el extranjero. Es decir, la gestante no española no sería juzgada en territorio español, únicamente lo serían la empresa intermediaria y los padres comitentes.

2.1.2 Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida

¹⁰ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE núm. 157 de 2 de julio de 1985) Última actualización publicada el 28 de octubre de 2015.

La práctica de la maternidad subrogada se considera en el Derecho Internacional y en los ordenamientos jurídicos que regulan esta práctica como una técnica de reproducción humana asistida, comparable a las técnicas de inseminación artificial, fecundación in vitro y el diagnóstico genético preimplantacional. Estas tres últimas técnicas mencionadas son incluidas en la LTRHA y consideradas plenamente legales en el Estado español si cumplen determinadas condiciones mencionadas en la ley. En cambio, la gestación por sustitución es incluida en esta ley para dejar constancia de su total ilegalidad.

El artículo 10 de la LTRHA establece:

“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 un tercero.

2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.

3. Queda a salvo la posible reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.”

En el párrafo primero del artículo, se declara la nulidad del contrato e incluye la prohibición expresa de la modalidad de maternidad subrogada comercial y la altruista ya que menciona tanto el intercambio como el no intercambio de dinero.

Nuestro Código Civil en su artículo 1254 establece que *“El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio.”* Unido a este artículo es importante mencionar el artículo 1261, en el cual el legislador establece tres requisitos esenciales e imprescindibles para que un contrato sea válido y produzca efectos dentro del tráfico interno, siendo estos el consentimiento de los contratantes, objeto cierto que sea materia del contrato y causa de la obligación que se establezca.

Basándose en esta definición genérica de contrato la doctrina ha aceptado como definición del contrato de gestación por sustitución la recogida por la Audiencia Provincial de Valencia en su sentencia nº 826, de 23 de noviembre¹¹, *“consiste en un contrato, oneroso o gratuito, a través del cual una mujer consiente en llevar a cabo la*

¹¹ Sentencia Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre núm. 826/2011

gestación, mediante técnicas de reproducción asistida, aportando o no también su óvulo, con el compromiso de entregar el nacido a los comitentes, que pueden ser una persona o una pareja, casada entre sí o no, que a su vez pueden aportar o no sus gametos". Tras esta definición, podríamos clasificar este contrato dentro del tipo de contrato de arrendamiento de obra o servicios¹² al estar los padres comitentes "alquilando" el vientre de una mujer con el fin de obtener el niño que se geste dentro.

Estos contratos ha sido comentado por numerosos autores, entre ellos Romero Pareja, A.¹³ que justifican su nulidad señalando que *"Por el interés público, por los imperativos éticos y la función social que los preside este tipo de relaciones quedan fuera de la libre disponibilidad de las partes"* añadiendo a continuación, *"nuestro Ordenamiento Jurídico impide contratar o estipular la gestación y posterior entrega de un recién nacido, ya que la persona (el niño/a en nuestro caso) no puede ser ni cosa ni objeto de comercio. En ningún caso el embrión o el recién nacido podrían ser objeto válido de un contrato que implicara su entrega, ni tampoco su gestación para llevar a cabo tal entrega."*

Este primer párrafo continua, al igual que se establece en el segundo apartado, estableciendo que en España la filiación materna se determina por el parto, aunque el niño nacido no sea biológicamente de la gestante por haber sido resultado de una fecundación in vitro utilizando un óvulo y espermatozoides de los contratantes, la filiación materna corresponderá a la gestante.

En segundo lugar, el párrafo segundo de este artículo establece que la filiación materna corresponde a la mujer que ha dado a luz. Dentro de los tres apartados que componen este artículo, es el segundo el que más problemas y dudas está originando, teniendo como consecuencia su explicación en el apartado 2.3 de este trabajo, dedicado a la filiación de los menores nacidos mediante gestación por sustitución en el extranjero y siendo los padres comitentes españoles.

¹² Díaz Romero, M. R. "La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico". *Diario La Ley*, n.º 7527, Madrid, 2010, pág.1.

¹³ Romero Pareja, A. (2010) *La reproducción humana asistida, desarrollo legal y jurisprudencial*. Ruiz-Rico Ruiz, G., Morente-Torres Herrera, M.L., Pérez Sola, N. (Coords.), Principios y Derechos constitucionales de la personalidad. Su proyección en la legislación civil. (págs. 85 a 144). Valencia: Tirant lo Blanch.

En tercer lugar, el último párrafo del artículo, permite al hombre del cual se ha utilizado su espermatozoos para llevar a cabo la gestación por sustitución pueda reclamarla paternidad del niño nacido.

Aunque anteriormente se ha realizado un comentario y análisis del Código Penal, hemos podido comprobar que no menciona literalmente en ningún apartado la expresión de “gestación por sustitución” o “maternidad subrogada” y que por lo tanto ha sido la doctrina la que tras analizar los elementos del tipo han concluido señalando que la práctica de la maternidad subrogada en nuestro país sería penado en el tipo penal que se ha analizado en el apartado anterior.

Es por ello importante destacar, que es el artículo 10 de la LTRHA el único precepto legal dentro de la legislación que integra nuestro Ordenamiento Jurídico que incluye la expresión de “gestación por sustitución” provocando que este artículo sea de vital importancia para nuestro tema y que por ello sea citado de forma reiterada a lo largo de todo el presente trabajo de investigación.

2.1.3 La filiación en el Código Civil español

Finalmente, es importante analizar la regulación vigente de la relación de filiación en nuestro país, al ser esta un elemento esencial que determina el status jurídico del hijo. Su filiación con respecto a sus progenitores le otorgará no solamente una identidad, sino que también será el elemento que le atribuya una serie de derechos y obligaciones desde el momento de su nacimiento hasta su fallecimiento.

La maternidad subrogada ha supuesto en la actualidad un verdadero problema en cuanto a la determinación de la filiación de los nacidos por esta técnica cuyos padres comitentes son nacionales de Estados en los cuales esta práctica está prohibida y no reconocida en sus Ordenamientos Jurídicos.

La Real Academia de la Lengua Española define la palabra filiación como “*procedencia de los hijos respecto a los padres*”¹⁴ y unida a esta definición, nuestro Código Civil en su Título V “*Paternidad y filiación*” atribuye a dicha relación entre padres e hijos una serie de derechos y obligaciones y regula su determinación y formalización.

Por parte de la doctrina podemos encontrar varias definiciones de filiación, como por ejemplo la otorgada por Royo Martínez, que denominan la filiación como “*la relación entre procreante o progenitor y procreado o engendrado, en cuanto determina derechos y deberes*”¹⁵ o como “*la relación exclusiva y excluyente que vincula a los hijos con sus padres*”, según García Vicente¹⁶.

Junto a la definición general de filiación, podemos diferenciar la filiación materna y paterna, ya que toda persona tiene un padre y una madre. La duda surgida en relación con la problemática de la maternidad subrogada está relacionada de forma concreta con la filiación materna debido a que existen dos mujeres susceptibles de adquirir la condición de madre: la gestante y la madre comitente, por tanto, en una gestación por sustitución, ¿quién es considerada realmente madre?

En el año 1889 cuando nuestro Código Civil fue redactado ésta duda jurídica era impensable, por ello, no existe una diferencia gestacional y genética relacionada con la filiación materna, ya que se daba por hecho que la mujer que daba a luz a un menor era su madre en todos los aspectos posibles, siendo por ello el alumbramiento el elemento determinante de la filiación materna. Recalcando el legislador, por este motivo, en el artículo 10 de la LTRHA que no sólo el contrato de gestación por subrogación es nulo de pleno derecho, sino que en el apartado segundo del artículo especifica que “*la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto*” dejando claro con ello que la respuesta a la pregunta surgida anteriormente es que la mujer considerada como madre sería la madre gestante y no la comitente.

¹⁴ Real Academia Española. Diccionario de la lengua española (actualización 2017) (Disponible en: <http://dle.rae.es/?id=HuYYEmr>; última consulta 12/006/2018)

¹⁵ Moreno Quesada, L., Ruiz- Rico Ruiz Morón, J., Ossorio Serrano, J., Herrera Campos, R., Moreno Quesada, B., González Porras, J., González García, J. Sánchez Galero, F. (2015). *Curso de derecho civil IV. Derechos de Familia y Sucesiones*. Sánchez Calero, F. J. (coord.) (págs. 216-217) Valencia: Tirant lo Blanch

¹⁶ García Vicente, J.R. (2011). *La filiación*. Yzquierdo Tolsada, M., Cuenca Casas, M., (Dir.), Tratado de Derecho de familia, Vol. V, tomo I (pág. 39) Thomson Reuters- Aranzadi

Debemos plantear que esta postura firme del legislador puede hoy en día no reflejar la realidad, ya que no tiene en cuenta el origen genético del menor. En la actualidad y gracias al avance científico en técnicas de reproducción asistida existe la posibilidad de concebir niños utilizando material genético de diferentes personas que una vez nacido no serán sus padres legales.

Aun teniendo presente esta posibilidad de diferenciación gestacional y genética, y como señala Hualde Manso, *“el ordenamiento español no toma en consideración el origen del gameto femenino utilizado para la procreación, siendo indiferente que sea el de la propia madre gestante o el de una mujer donante de óvulo, o si la fecundación fue corpórea o extracorpórea. La filiación materna se construye sobre la verdad biológica pero no en el sentido de verdad genética, sino sobre la verdad gestacional y de ahí que cuando la gestación se haya llevado a cabo con material reproductor femenino ajeno, la donante nada puede pretender en orden a la filiación”*¹⁷

Situándonos en el caso de la maternidad subrogada, existen varias combinaciones de gametos que podrían emplearse con el fin de concebir al niño:

- Gameto de madre gestante y padre comitente
- Gameto de madre comitente y padre gestante
- Gameto de donantes, tanto femeninos como masculinos
- Gameto de donante femenino y padre comitente
- Gameto de donante masculino y madre comitente

En la mayoría de los casos, suele ser la madre comitente la que aporta sus gametos para que estos sean fecundados y posteriormente implantados en el útero de la madre gestante, pero no siempre es este caso. En el caso de utilizarse el óvulo de un donante aparecería una nueva “madre” cuya identidad dependiendo del país en el que se efectúe la donación e implantación podrá ser anónima o no.

Si la maternidad subrogada se llevara a cabo por esta vía, la madre comitente no podría reclamar la filiación materna ya que ni ha alumbrado al menor ni tampoco comparte material genético con este, por lo tanto podría ser madre adoptiva. Misma solución que

¹⁷ Hualde Manso, T. “De nuevo sobre la filiación de los nacidos mediante gestación contratada”. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 10 (num.10), págs. 35 a 47.

se le da a la madre que sí ha aportado sus gametos y que por lo tanto sí que comparte una relación genética con el nacido. ¿Ambas situaciones son comparables?

Por otro lado, en los casos de maternidad subrogada, la filiación paterna del nacido si es más fácil de determinar, ya que aunque de forma inicial está se determine según la filiación matrimonial del artículo 116 del CC, siendo esta por tanto correspondiente al marido o pareja de la mujer gestante, el apartado tercero del artículo 10 de la LTRHA dictamina que “*Queda a salvo la posible reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.*” Habilitando de esta forma que el padre comitente, que en la mayoría de los casos de maternidad subrogada es quien aporta el material genético, pueda reclamar la filiación paterna que le une con el nacido.

2.2 Gestación subrogada en Derecho comparado

Tras analizar la regulación española relativa la maternidad subrogada vamos a analizar la respuesta a este fenómeno en Derecho comparado.

Poniendo la vista en el tratamiento y regulación otorgado a la práctica objeto de la investigación podemos observar que existen tres tipos de modelos existentes, entre los cuales se encuentra el español. Para explicar y desarrollar los tres modelos basaré mi investigación en el Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada¹⁸. Los modelos son:

1. Nulidad de los contratos de maternidad subrogada
2. Maternidad subrogada “altruista”
3. Maternidad subrogada “comercial”

¹⁸ Comité de Bioética de España. (2017). Informe sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada. (disponible en: http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.pdf; última consulta 14/03/2018)

2.2.1 Nulidad de los contratos de maternidad subrogada

El primer modelo se basa en la prohibición total y la tipificación de la práctica de la gestación subrogada como delito. Numerosos países, y sobre todo la mayoría de países europeos optan por este modelo, en el cual no solo cualquier contrato que verse o que pueda estar mínimamente relacionado con una posible gestación subrogada es nulo de pleno derecho, sino que las partes que conformen el acuerdo estarían llevando a un cabo un hecho tipificado como delito y podrían enfrentarse a penas de prisión.

No solo se prohíbe el hecho de que se entregue un niño a cambio de un precio o compensación económica de cualquier tipo sino que ninguna mujer podrá gestar un niño que posteriormente será entregado a otras personas, aunque estas sean miembros de su familia, amigos o desconocidos. En estos ordenamientos se reconoce la filiación a la mujer que ha dado a luz, independientemente de que ella y el niño compartan material genético será ella la que pueda ser inscrita en el Registro Civil como madre.

La razón principal que respalda la implantación de este modelo en los ordenamientos europeos se basa en el vínculo materno entre la madre y el niño que está gestando y las consecuencias que la ruptura de este vínculo al ser separados causa tanto en el estado psicológico y emocional de la madre como en el interés superior del menor que acaba siendo tratado como una cosa utilizada para satisfacer deseos de otros.

Como ya he explicado en el epígrafe anterior, España se encuentra entre estos países que regula tanto en su Código Penal como en la Ley interna sobre Técnicas de Reproducción Asistida la expresa prohibición de la maternidad subrogada y es uno de los países que a su vez se ha encontrado con los problemas que la ausencia de regulación está causando al provocar que de forma indirecta, aunque no sea en territorio nacional, numerosos niños nacidos mediante esta técnica estén siendo inscritos como hijos de comitentes españoles dando la impresión que aunque la maternidad subrogada atente contra el orden público internacional español si nacen fuera de fronteras nacionales, ésta técnica está permitida, o tolerada.

En estos sistemas, la técnica de la gestación subrogación como forma de tener hijos es totalmente inexistente, por lo que la libertad de la mujer no queda vulnerada, se protege el interés superior del menor ya que este menor no existiría y los comitentes no

soportarían ningún inconveniente que les agravara ya que el contrato que les haría comitentes sería nulo de pleno derecho así que no se contemplaría de todas formas.

Sin embargo, para los sectores a favor de la legalización de la técnica estudiada, el “*derecho a tener una familia*” no está garantizado con esta posición. En gran parte de la jurisprudencia tanto por del Tribunal Supremo como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se puede observar que la parte recurrente o afectada alega que el derecho a registrar al bebé nacido por la técnica de la gestación subrogada como hijo suyo está respaldado por el derecho contemplado en el artículo 8.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos¹⁹: “*1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.*”

Si analizamos el artículo detenidamente, se puede concluir que no se incluye el “*derecho a tener una familia*” sino que regula el derecho al respeto de la vida privada familiar para las personas que ya tienen una familia formada.

Precisamente esta es la conclusión alcanzada por los miembros del Comité de Bioética en su informe, de rechazo a la práctica de la maternidad subrogada, argumentando que el deseo de unas personas no puede cumplirse a costa de violar los derechos de otras. Al mismo tiempo admite que aunque ciertos miembros no estén de acuerdo no consiguen configurar una fórmula de no violar derechos y poder llevar a cabo la práctica en el contexto actual.

2.2.2 Maternidad subrogada “altruista”

El segundo modelo, es el denominado “altruista”: se diferencia del primero en que se acepta la maternidad subrogada si no existe contraprestación. Que no exista contraprestación supone que la gestante de forma totalmente voluntaria y por ayudar a

¹⁹ Consejo de Europa. Convenio para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Creación: 4 de Noviembre de 1950. (BOE núm. 243 de 10 de Octubre de 1979) Revisión vigente desde 01 de Junio de 2010. (Disponible en: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf; última consulta: 16/03/2018)

la pareja o persona que desea ser padre o madre ofrece su cuerpo para gestar al futuro hijo a cambio de nada, no recibirá en teoría ningún tipo de cantidad económica por hacerlo. La única cantidad que existiría en todo el proceso sería aquella destinada a sufragar los gastos médicos que la gestante tenga durante el embarazo. Normalmente en los casos en los que se utilice este modelo la gestante suele ser un familiar directo (madre, tía, prima, hermana...) o amiga cercana de la pareja.

Este modelo es el utilizado por otros países europeos, como es el reciente caso de Portugal y Reino Unido, y el modelo propuesto por el partido político de Ciudadanos en su propuesta de ley presentada en el Congreso el pasado ocho de septiembre de 2017²⁰ ya que se considera que es el modelo menos gravoso para la libertad de la mujer y los intereses del menor.

La propuesta de ley presentada en el Congreso de los Diputados se asemeja en gran medida a la ley aprobada recientemente en Portugal en la cual se legisla sobre la maternidad subrogada “altruista”.

Aunque desde su aprobación numerosas subrogaciones se han llevado a cabo en el país vecino, el Tribunal Constitucional portugués acaba de pronunciarse declarando determinados puntos de la ley en cuestión inconstitucionales. El alto tribunal en un comunicado remitido a los medios de comunicación ha explicado que la ley “no viola la dignidad de la gestante ni del bebé nacido [...] ni el deber del Estado de protección de la infancia” pero sí que existen puntos que violan “principios y derechos fundamentales consagrados en la Constitución”.

Entre los puntos en conflicto de la ley, destaca la violación del “derecho fundamental al desarrollo de la personalidad” al no permitir la ley que exista la posibilidad de que la gestante se arrepienta y relacionado con el anonimato de los donantes de gametos, tanto femeninos como masculinos, el tribunal lo considera como “una restricción innecesaria a los derechos de identidad personal y desarrollo de la personalidad” del menor.²¹

²⁰ Proposición de Ley N° 122/000117, de 8 de septiembre, reguladora del derecho a la gestación por subrogación (Presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos) (disponible en: http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-145-1.PDF; última consulta 14/03/2018)

²¹ Chacón, F. (2018, 25 de abril). El Tribunal Constitucional portugués veta la Ley de Vientres de Alquiler. *ABC*. (Obtenido 13/06/2018 de http://www.abc.es/sociedad/abci-tribunal-constitucional-portugues-veta-ley-vientres-alquiler-201804251631_noticia.html;)

Dentro de este modelo tenemos que tener en cuenta que los países que lo siguen lo ha hecho estableciendo una serie de límites que restringen los derechos de los comitentes y amplían los derechos de las gestantes. Un ejemplo de ello es la regulación existente en Reino Unido en la cual no solo la práctica es totalmente altruista sino que la gestante es la persona que decide si al nacer el niño se lo entrega a los comitentes o se hace cargo de él al ser quien le ha dado a luz, esto quiere decir que el contrato no es vinculante entre las partes y que la gestante será considerada la madre legal hasta que decida entregarlo a los comitentes. Estas y otras restricciones han provocado que aunque en el país sea totalmente legal la gestación subrogada altruista muchas parejas prefieran acudir a otros países con regulaciones más flexibles para que, aunque el precio sea mayor, puedan asegurarse que la gestante esté obligada a entregarles al niño al ser ellos declarados como padres legales aunque aún no haya nacido y no en el momento de la entrega si llega producirse.

Sectores de la sociedad contemplan este modelo como el más apropiado para implantar en los ordenamientos ya que teóricamente elimina la sensación de estar “alquilando” a un ser humano a cambio de la “compra” de otro. Se podría entender que un familiar directo se ofrezca a gestar un ser humano por amor a la pareja o persona que es de su misma familia y sangre sin reclamar una cantidad en concepto de compensación por las “molestias”. En el caso de que no sea un familiar, la desventaja resultante de este modelo es la dificultad de encontrar una persona que no tengo un vínculo afectivo o familiar con los deseosos padres y que se ofrezca voluntariamente a hacerlo a cambio de nada. Esta dificultad provoca que estos padres opten por el modelo comercial en el extranjero, como ya he mencionado anteriormente.

Aunque a primera vista parece un modelo que ninguna de las maneras afecta a la libertad de la mujer ni la convierte en un mero instrumento para satisfacer los deseos de unos potenciales padres, en la práctica puede llegar a asimilarse al modelo comercial en tanto sí que en la práctica existe un intercambio monetario no considerado por algunos como precio sino como compensación a la gestante por el lucro cesante que sufre durante el embarazo y las molestias que todo el proceso le pueda suponer para su vida personal, además de pagar todos los gastos médicos que sean necesarios para llevar el embarazo a término sin complicaciones.

En el artículo 5 de la propuesta de ley presentada por Ciudadanos, es donde el grupo parlamentario ha incluido lo que a su parecer considera que significa la palabra altruista, incluyendo, como se ha mencionado anteriormente, la expresión “compensación económica por el lucro cesante” lo que nos lleva pensar que realmente no se trata de una maternidad subrogada altruista sino que de una u otra forma existirá un intercambio de dinero, al cual no se le establece ningún tipo de mínimo ni de límite. ¿Cómo se podría controlar entonces que no se esté llevando a cabo una maternidad subrogada comercial disfrazada de altruista? No existe respuesta a esta pregunta.

Según la Real Academia Española²² la palabra altruismo se define como: “1.m. Diligencia en procurar el bien ajeno aun a costa del propio. 2 .m. Fenómeno por el que algunos genes o individuos de la misma especie benefician a otros a costa de sí mismos.”

Dentro de la definición no se menciona ningún tipo de compensación sino que al contrario, si queremos denominar este modelo como “altruista”, la parte que se ofrece de forma altruista a gestar un bebé por otros lo debería hacer sabiendo que tiene que sacrificar su bien propio para poder procurar el bien ajeno.

Sumado a los inconvenientes mencionados, en el modelo altruista llevado a cabo por un familiar nos encontramos un problema grave, problema utilizado por los sectores contrarios a la gestación subrogada para condenar esta práctica, que es el hecho de que en el momento del nacimiento, la mujer gestante pasa a tener dos vínculos familiares con el niño nacido, el de madre por haberlo gestado y el de abuela, tía, prima o cualquier otro, dependiendo del vínculo familiar que le una con los comitentes. Esta situación puede llegar a causar no solo problemas psicológicos para la gestante al no saber cómo comportarse y como tratar al niño nacido a su vez de tener que observar como el niño, con el cual ha establecido biológicamente un vínculo emocional durante el embarazo, puede que nunca llegue a saber que la persona que le gestó fue ella. A su vez no solo la gestante tendría problemas psicológicos sino que también el niño nacido por medio de subrogación en el momento de saber quién le gestó realmente.

Relacionado con este modelo, citado anteriormente, nos encontramos con la propuesta de ley presentada por Ciudadanos en el Congreso de los Diputados el pasado 8 de

²² Real Academia Española. Diccionario de la lengua española (actualización 2017) (disponible en: <http://dle.rae.es/?id=28D9npK>; última consulta 14/03/2018)

septiembre de 2017, respaldada en dos factores principales, en primer lugar, la evolución de la libertad de los ciudadanos y de lo que ello conlleva, y en segundo lugar, el derecho reproductivo.

Según el grupo parlamentario de Ciudadanos, la sociedad ha evolucionado y distintas expresiones de libertad han surgido como consecuencia, evolución de la cual *“la familia participa”*. Gracias a esta evolución la legalización de nuevas técnicas de reproducción han sido incluidas en los ordenamientos para facilitar los derechos reproductivos de las personas, en el caso de España con la anteriormente citada LTRA. Además consideran la gestación por sustitución como una realidad presente en los países de nuestro entorno y que por ello es motivo de regulación la adaptación de regulación a este nuevo fenómeno social, *“los cambios sociales implican necesariamente cambios en las normas”*.

Como último apunte con respecto a la propuesta y su relación con el modelo altruista, a diferencia de otros Estados que han tomado la decisión de legalizar la maternidad subrogada altruista llevada a cabo por familiares, Ciudadanos establece como requisito para que la técnica de reproducción se pueda llevar a cabo, en el artículo 4.3 de la propuesta, que la mujer gestante tenga no vínculo de consanguinidad con el progenitor o progenitores subrogantes. Considerando así la creación de un “Registro Nacional de Gestación por Subrogación” en el cual mujeres podrán inscribirse para ofrecerse a gestar al hijo de personas con las cuales no mantienen ningún tipo de relación.

Y con ello surge la pregunta, ¿verdaderamente habrá alguna mujer que se inscriba voluntariamente para someterse a un embarazo para personas desconocidas?

2.2.3 Maternidad subrogada “comercial”

El tercer y último modelo es el más popular y utilizado por prácticamente todos los países que contemplan la práctica de la gestación subrogada en sus ordenamientos jurídicos. Este modelo consiste en establecer una relación contractual entre dos partes,

los comitentes y la gestante, en la cual la gestante se compromete a gestar un bebé cumpliendo todas las cláusulas del contrato que versen sobre los distintos ámbitos de un embarazo, además de otras condiciones, a cambio de recibir una suma de dinero por ello. Dicha suma no solo estará formada por, una cantidad correspondiente a los gastos médicos relacionados con la técnica de reproducción asistida que se vaya a utilizar y con las consultas y demás exámenes médicos a los que la gestante se tenga que someter para llevar a término dicho embarazo, sino que también se establecerá una cantidad final que se le entregará a la gestante una vez que dé a luz al niño.

El país más conocido en utilizar este modelo y al que en la actualidad más parejas viajan para llevar a cabo el proceso de gestación subrogada es Estados Unidos (exceptuando los estados Washington, Nevada y Virginia) siempre que se realice habiendo un contrato conforme a Derecho entre las partes, factor que ha favorecido a la aparición de un pequeño mercado dentro del cual operan empresas dedicadas a poner en contacto futuros padres con gestantes que les sean de su agrado y que cumplan sus expectativas y condiciones y formalizando la futura relación contractual entre ellos a cambio de una comisión del precio final.

Existen países en los cuales aunque éste modelo sea el elegido para regular la gestación subrogada, ha sido implantado de una manera restrictiva. Países como India, Tailandia y Camboya aunque en un principio permitían la práctica tanto a nacionales como a internacionales han acabado prohibiendo la maternidad subrogada internacional.

En el caso de India, la decisión de prohibir dicha práctica fue consecuencia de las declaraciones hechas por el Comité de Derechos del Niño de las Naciones Unidas en el año 2014 en las cuales el comité consideraba el posible tráfico y violaciones de derechos de los niños al tener una regulación escasa y al haber provocado que la maternidad subrogada se convirtiera en una práctica generalizada además de barata comparada con países occidentales.

Al analizar este modelo nos encontramos con una serie de ventajas e inconvenientes provocadas tanto para la parte comitente como para la mujer gestante.

En cuanto a las ventajas, los comitentes se aseguran que el contrato es plenamente vinculante y que antes de tan si quiera nacer el futuro bebé o bebés serán ellos los padres legales. Además unido a ello, los comitentes tendrán tanto el derecho de elegir a la gestante, pudiendo asegurar que es una mujer sana y aumentando así las

probabilidades de que el embarazo llegue a término, como controlar todos los ámbitos de la vida de esta por medio de las cláusulas que se incluirán en dicho contrato. Sus ventajas pueden resumirse en un total control sobre el embarazo y la persona que lo lleva a cabo. La única desventaja que ellos pueden encontrar es económica al ser el modelo más costoso, llegando a suponer grandes cantidades de dinero no solo por los gastos derivados de la gestación sino también por el pago final realizado a la gestante.

Para la parte gestante, la ventaja es enteramente económica.

No se puede negar que analizando el punto de vista de la mujer gestante nos encontramos muchos inconvenientes que supondrán un total sometimiento a personas desconocidas para ella que estipularán en un papel “normas” que ella deberá cumplir a lo largo de no solo nueve meses que dure el embarazo sino también de los meses previos al embarazo y que afectarán a todos los ámbitos de su vida tanto personal como profesional. Normas que a su vez si incumple supondrán un pago económico a los comitentes, pago que seguramente le será imposible afrontar.

Dejando a un lado las ventajas e inconvenientes que pueden derivarse del contrato de gestación entre las partes, este modelo es la forma de regulación de la gestación subrogada más criticada por los sectores contrarios ya que consideran dos claros inconvenientes: en primer lugar la supresión de la libertad de la mujer y la clara creación de una forma de explotación de la mujer (comparada incluso con la prostitución) y en segundo lugar los problemas psicológicos y emocionales que pueda sufrir el menor y que violen sus intereses superiores.

Por un lado la mujer, dentro de este modelo, acaba siendo usada como instrumento, herramienta, medio, para satisfacer no una necesidad sino un deseo de desconocidos que en el fondo no se preocupan por ella sino por el bebé que está gestando. Por otro lado, el niño acaba siendo cosificado, se acaba convirtiendo en mercancía que se entrega a personas con los cuales no ha creado ningún tipo de vínculo emocional antes de nacer y es separado de la mujer con la que sí ha creado un verdadero vínculo durante nueve meses. Esta separación, según expertos y psicólogos, puede llegar a provocar un verdadero problema de identidad en el niño una vez que sea adulto.

2.3 Derechos afectados

La práctica de la maternidad subrogada entra en conflicto con dos factores importantes, estos factores son utilizados como eje central para justificar la prohibición de la maternidad subrogada en España y en otros países de nuestro entorno además de ser los argumentos utilizados por diferentes tribunales para no admitir la inscripción de los menores nacidos por esta técnica en los registros civiles de varios países.

Estos factores son el interés superior del menor y los derechos fundamentales de la mujer, siendo el primero el defendido con mayor ímpetu por los tribunales y los segundos defendidos por los grupos contrarios a su práctica, tanto partidos políticos como asociaciones feministas que buscan la defensa de la mujer antes del nacimiento del menor.

Al ser estos dos factores de gran importancia a la hora de investigar y estudiar el tema de la maternidad subrogada en el Derecho Internacional Privado, es de vital importancia incluir en este trabajo de fin de grado un análisis de la situación en la que se encuentran estos dos derechos fundamentales tal y como están regulados en la Ley Orgánica de Protección jurídica del menor en relación con el principio de interés superior del menor y en la Ley Orgánica de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo²³ en relación con los derechos de la mujer.

Unido al estudio de cada uno de estos textos legales, incluiremos jurisprudencia de tribunales nacionales e internacionales con el fin de poder comprender en mayor medida cómo son estos dos derechos vulnerados y que solución proporcionan los tribunales ante esta violación.

²³ Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (BOE núm. 55, de 4 de marzo de 2010) Última actualización publicada el 22 de septiembre de 2015.

2.3.1 Interés superior del menor: Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del menor²⁴

Los menores son principalmente afectados, en primer lugar por haber nacido mediante una técnica ilegal en España y que afecta de forma directa a la persona que el Ordenamiento Jurídico considera como su madre y en segundo lugar porque una vez nacidos, el Estado, del cual son nacionales los padres subrogantes, puede prohibir su inscripción en el Registro Civil provocando que su status jurídico se encuentre en un limbo jurídico durante un largo período de tiempo e incluso podría provocar una violación de su derecho a la identidad, su lugar en la sociedad, sea cual sea esta, queda sin estar realmente definido.

Los derechos del menor como ser humano, aunque aún no haya nacido, pueden verse afectados o incluso eliminados por la primacía que los partidarios de la gestación subrogada otorgan a los derechos de los adultos que tienen el deseo de convertirse en padres.

El principio relacionado con el menor afectado en gran medida es su interés superior, principio abstracto que debe tenerse en consideración en cualquiera de los casos en los que exista presencia de un menor, y principio que tiene primacía sobre cualquiera de los derechos de otras personas involucradas en el caso en cuestión.

A simple vista parece un concepto abstracto difícil de explicar y concretar pero en cambio es lo primero que expone la Ley Orgánica 1/1996 sobre la Protección Jurídica del Menor. En los artículos 1 y 2, del Capítulo I, del Título I, la ley trata el “*Ámbito e interés superior del menor*”, siendo de nuestro interés para con este trabajo el análisis del artículo 2, ya que expresa con detalle la definición del “interés superior del menor” y todos los ámbitos relacionados con este factor abstracto.

Al ser éste un artículo de gran extensión, con el fin de concretar en mejor medida su relación con la maternidad subrogada analizaremos en este trabajo determinados apartados y no el artículo dos en su totalidad.

²⁴ Ley Orgánica 1/1996. Cit.

“1. Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y en todo caso, siempre en el interés superior del menor.

2. A efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se tendrán en cuenta los siguientes criterios generales, sin perjuicio de los establecidos en la legislación específica aplicable, así como de aquellos otros que puedan estimarse adecuados atendiendo a las circunstancias concretas del supuesto:

*a) La **protección del derecho a la vida, supervivencia** y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas [...]*

c) La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor. En caso de acordarse una medida de protección, se priorizará el acogimiento familiar frente al residencial. Cuando el menor hubiera sido separado de su núcleo familiar, se valorarán las posibilidades y conveniencia de su retorno, teniendo en cuenta la evolución de la familia desde que se adoptó la medida protectora y primando siempre el interés y las necesidades del menor sobre las de la familia.

[...]

4. En caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes.

En caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

Las decisiones y medidas adoptadas en interés superior del menor deberán valorar en todo caso los derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectados.

El interés del menor puede contemplarse desde un punto de vista de acuerdo con la maternidad subrogada pero también desde un punto contrario a esta práctica. Este doble punto de vista es debido a que en los casos de maternidad subrogada internacional, el Ordenamiento Jurídico español no puede proteger la defensa de este interés al ser aplicable al acuerdo creado entre las partes, una legislación extranjera.

Un ejemplo claro lo encontramos relacionado con el artículo 2.2 a) en el cual se defiende el interés del menor aunque este no haya nacido. En este caso, el interés del menor no está plenamente protegido al tener los padres subrogantes que contratan a la mujer gestante y que pagan el precio de todo el proceso la posibilidad de decidir el aborto de cualquier feto que no cumpla con sus expectativas. Al estar permitido esta actuación en otros Estados, el derecho a la vida y supervivencia del menor no quedan protegidos.

Tanto en el apartado uno como en el apartado cuatro de este artículo, se expresa la primacía que tiene el interés superior del menor en cualquier procedimiento, el principio tiene carácter primordial y aunque concurra el principio con otro interés legítimo, y este último se deba respetar en la mayor medida posible, en el caso de que no sea posible el respeto del segundo, el legislador no lo tiene en consideración y otorga automáticamente primacía al interés del menor.

Acudiendo a regulación de carácter internacional, la figura del menor está presente en numerosos convenios y tratados, al considerarlo las organizaciones internacionales como un sujeto que debe ser protegido con mayor fuerza, por ser los menores los miembros más débiles de la sociedad.

Por esta razón, la Organización de Naciones Unidas promovió en 1989 la Convención sobre los Derechos del Niño²⁵, ratificada por España, en la cual su artículo tres menciona el principio del interés superior del menor diciendo: *“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales y autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.”*

²⁵ Organización de las Naciones Unidas. Convención sobre los Derechos del Niño, 20 de noviembre de 1989. (Disponible en: <http://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>; última consulta el día 6/04/2018)

Unido a esta convención nos encontramos con la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea²⁶, en cuyo artículo 24.2 se establece este principio y el cual encuentra su integración en el ordenamiento español, en el artículo 39 de la Constitución española²⁷.

Una vez establecido la importancia que ostenta el “interés superior del menor” tanto en la legislación nacional como internacional, debemos estudiar como interpretan los tribunales este principio abstracto, ya que encontramos contradicciones entre la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo y la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En la sentencia del Tribunal Supremo número 835/2013²⁸, el Supremo inadmite el recurso de casación presentado, basando su decisión en varios argumentos entre los cuales se encuentra el interés superior del menor. Con respecto a este argumento, el tribunal sostiene que, aunque los recurrentes aleguen que la filiación debería establecerse a su favor y no a favor de la mujer gestante, ya que estos primeros manifestaron su deseo de ser padres y en cambio la mujer gestante únicamente se vinculó por medio de contrato a ellos sin expresar ningún deseo de mantener la filiación que le uniría con el menor nacido, no podría ser considerado como motivo para reconocer la filiación ya que en el caso de que se admitiera este argumento, el tribunal estaría participando en la violación del interés superior del menor al tratar al menor como un objeto del tráfico mercantil y abriendo la puerta a que familias con un poder económico alto acudan a países con familias desestructuradas con la intención de comprar menores y reconocer la relación de filiación basándose en el argumento de ser mejores padres para el menor que sus padres biológicos.

Unido a ello, el tribunal continua manteniendo la inadmisión del argumento basado en el principio en cuestión sosteniendo que la interpretación de dicho principio abstracto debe realizarse conforme a la ley y no conforme a los personales puntos de vista de los recurrentes, lo que conlleva a estimar que la filiación del menor debe establecerse

²⁶ Parlamento Europeo, Consejo de la Unión Europea y Comisión Europea. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000. Última actualización vigente publicada el 1 de diciembre de 2009. (Disponible en: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf; última consulta: 12/04/2018)

²⁷ Constitución Española. (BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978). Última actualización vigente publicada el 27 de septiembre de 2011.

²⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero 2013 835/2013

conforme a lo que dicta nuestro Código Civil, dictando este que la relación de filiación se establece respecto a la mujer que dio a luz al menor.

El problema que surge llegado a este punto del estudio está relacionado con la visión que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sostiene sobre la interpretación del principio en cuestión y su contradicción respecto a la jurisprudencia nacional.

Dos de los casos de mayor notoriedad resueltos por el Tribunal de Estrasburgo relacionados con la maternidad subrogada son los casos de las familias *Menesson*²⁹ y *Labassee* contra el Estado de Francia³⁰. Ambos recursos fueron interpuestos ante el tribunal que decidió resolver en la misma sentencia por tener una estrecha relación entre ellos y dirigirse contra el mismo estado de la Unión Europea.

La decisión del tribunal para resolver estos casos y que tiene relación con el interés superior del menor es diversa a la adoptada por nuestro Tribunal Supremo, al dictaminar el primero que la filiación debe establecerse con respecto a los padres comitentes que han contratado el servicio de maternidad subrogada ya que estos padres cuidan de sus hijos “como padres tras el nacimiento, viviendo los cuatro de un modo que en nada se distingue de la vida familiar en su acepción habitual”. Por ello la no admisión del Estado francés de la inscripción de los menores como hijos de una pareja francesa, afectará de manera negativa al interés superior del menor al no poder otorgarles una nacionalidad y una identidad, como seres humanos, relacionada directamente con su derecho a que se respete su vida privada, establecido en la Convención.

Después de exponer ambas sentencias, nos encontramos ante la pregunta de si realmente la maternidad subrogada afecta o no al interés superior del menor, y en el caso de que el principio quede afectado cuál es la mejor solución a dicha afectación. La respuesta del Tribunal Supremo a esta duda se reduce a la figura de la adopción, es decir, al existir una relación de familia con un niño y un núcleo familiar ya consolidado, el hombre podrá reclamar la paternidad al demostrar la paternidad biológica que le une al menor y la mujer podrá optar por las figuras del acogimiento familiar y de la adopción. Independientemente de que su solución difiere de la que un año después dará el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal Supremo justifica su decisión en

²⁹ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 26 de junio, caso *Menesson* c. Francia (núm. 65192/11)

³⁰ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 26 de junio, caso *Labassee* c. Francia (núm. 65941/11)

la doctrina del tribunal de Estrasburgo en su interpretación del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos³¹, al resolver el caso Wagner c. Luxemburgo³², considerando que “*allí donde está establecida una relación de familia con un niño, el Estado debe actuar con el fin de permitir que este vínculo se desarrolle y otorgar la protección jurídica que haga posible la integración del niño con la familia*” siendo el único medio para conseguirlo el anteriormente expuesto.

2.3.2 Derechos de la mujer

2.3.2.1 Impacto social

Además del menor, también la mujer, como ser humano que tiene una serie de derechos inviolables que deben ser protegidos tanto por el legislador nacional como por las organizaciones internacionales a la hora de tratar la gestación por sustitución.

Es cierto que los derechos del menor deben ser protegidos pero debemos tener presente que antes de que el menor nazca existe una mujer que ha sacrificado ciertos aspectos de su vida personal y salud física para darle vida. Como consecuencia de ello, la mujer es el ser humano afectado desde el momento en que una segunda persona la escoge en un catálogo hasta el momento que da a luz y tiene la obligación por contrato de entregar al ser humano que ha crecido en su vientre.

Muchos de los grupos contrarios a la legalización de la maternidad subrogada en España utilizan a la mujer como argumento principal, priman sus derechos a los deseos de las mujeres que aún queriendo ser madres no pueden serlo por medios naturales o

³¹ Consejo de Europa. Convenio para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Cit.

³² Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 28 de junio de 2007, caso Wagner c. Luxemburgo

artificiales y que recurren a la gestación por sustitución para conseguir el niño o niña deseado.

La maternidad subrogada ha llegado a ser comparada con la práctica de la prostitución y la explotación que el cuerpo de la mujer sufre al ejercerla. Numerosos grupos feministas defienden la dignidad e integridad física de la mujer en cualquier ámbito considerando que la legalización de la maternidad subrogada en España puede abrir la puerta a una nueva forma de explotación dentro de un mercado secundario en el cual intermediarios acabarían explotando a mujeres, obligándolas a “alquilar su vientre” con el fin de obtener un precio disimulado con la denominación de “compensación económica por el lucro cesante” que conllevaría a la mercantilización de la mujer, pudiendo estar ella incluso amenazada y con una deuda que cubrir, como ocurre en la prostitución.

El deseo de defensa de la mujer ha unido a grupos políticos e ideológicos que en la actualidad viven enfrentados pero que a la hora de posicionarse sobre el tema de la gestación por sustitución, se posicionan en el mismo bando y defienden los mismos ideales.

Desde otro punto de vista, existen mujeres que no consideran la maternidad subrogada una forma de explotación, sino que lo consideran una decisión tomada por una mujer libre sobre lo que quiere hacer con su cuerpo, al igual que ocurre con el aborto, aparece el lema de “es mi cuerpo y por tanto mi decisión”. Por lo tanto aparece una pregunta, si la mujer es libre para decidir lo que hace con su cuerpo ¿por qué no puede ser libre para decidir si se queda embarazada para tener el hijo de otra persona?

Ante esta pregunta podemos encontrar dos respuestas opuestas, la primera en la Ley Orgánica de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo y la segunda en el manifiesto publicado por un grupo de asociaciones feministas unidas en el movimiento denominado “No somos vasijas”³³.

El manifiesto que fue publicado el día 22 de junio de 2016 tiene como finalidad exponer los distintos motivos por los cuales la maternidad subrogada no debería ser legalizada en nuestro país. Para ello utiliza argumentos que de forma casi absoluta se centran únicamente en la mujer y en su libertad, defiende así su dignidad y rechaza cualquier

³³ Manifiesto. Movimiento “No somos vasijas”. Publicación el 22 de junio de 2016 (disponible en: http://nosomosvasijas.eu/?page_id=1153; última consulta: 21/03/2018)

tipo de eufemismo o denominación que puedan suavizar lo que ellas consideran como una práctica basada en el “alquiler de un vientre”.

Las diez razones, explicadas de forma clara y concisa, que conforman el manifiesto se reducen a la mujer, a su protección y a evitar su cosificación y versan sobre tres ámbitos concretos relacionados con la mujer: su derecho a decidir, su posible explotación sexual y su derecho a la integridad física.

Es en este primer ámbito, en su derecho a decidir, donde encontramos la respuesta a la pregunta anteriormente formulada. En el caso de la maternidad subrogada, según este grupo feminista, el derecho a decidir de la mujer queda violado al estar la decisión de la mujer relacionada con un contrato, en el cual la mujer gestante no tiene derecho a decidir sobre su propio cuerpo durante el proceso de embarazo, al ser este proceso controlado en su totalidad por los padres subrogantes. Por consiguiente, aunque en un primer momento la mujer decida someterse al proceso, su derecho a decidir sobre su cuerpo no será respetado plenamente sino que quedará limitado o eliminado por los padres subrogantes.

Finalmente, la legalización de esta práctica según el manifiesto analizado, supone una violación del derecho a la integridad física de la mujer, siendo este derecho uno de los más importantes incluidos tanto en la Constitución española del año 1978 en su artículo 15 como en la Declaración Universal de Derechos Humanos adoptada por la tercera Asamblea General de las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948 en su artículo 5. Ambos artículos defienden el derecho a la integridad física del ser humano, prohibiendo prácticas que puedan dañar este derecho, como pueden ser la tortura o la imposición de penas degradantes tanto para la salud física como mental de la persona que las sufre. En el manifiesto, estas prácticas degradantes son equiparadas a la práctica de la maternidad subrogada, ya que el cuerpo de la mujer es utilizado como “contenedor”, dañando así su integridad y obligándola a que su cuerpo este sujeto a un contrato.

2.3.2.1 Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo

A esta Ley Orgánica se refiere la Propuesta de Ley presentada por el grupo parlamentario de Ciudadanos³⁴ en su artículo seis al incluir en la propuesta los derechos de la mujer gestante. Este artículo dispone que la mujer que se someta al acuerdo de maternidad subrogada debe cumplir los requisitos enunciados en la ley citada para poder tener derecho a gestar.

A primera vista, este artículo es de contenido escaso y no incluye los derechos de la mujer como ser humano, sin llegar a especificar a qué requisitos se refiere ni donde poder encontrarlos en la ley a la cual se remite.

Podríamos plantearnos la posibilidad de incluir esta cuestión en la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres³⁵, pero al tratarse de una situación que únicamente afecta a mujeres y que se encuentra directamente relacionada con su salud sexual y reproductiva, con el fin de contestar a la pregunta planteada, incluiremos en esta investigación el texto legal que regula este tema de forma específica, centrándonos en concreto en su título preliminar que expone las disposiciones generales en relación con la salud sexual y reproductiva de las mujeres.

Dentro de los cuatro artículos que conforman el título preliminar, es importante destacar las definiciones de salud sexual y salud reproductiva expuestas en el artículo 2 b.) y c.) y los principios y ámbito de aplicación de la Ley Orgánica del artículo 3.1 y 3.2.

Artículo 2. Definiciones.

A los efectos de lo dispuesto en esta Ley se aplicarán las siguientes definiciones:

b) Salud sexual: el estado de bienestar físico, psicológico y sociocultural relacionado con la sexualidad, que requiere un entorno libre de coerción, discriminación y violencia.

c) Salud reproductiva: la condición de bienestar físico, psicológico y sociocultural en los aspectos relativos a la capacidad reproductiva de la persona, que implica que se pueda tener una vida sexual segura, la libertad de tener hijos y de decidir cuándo tenerlos.

Artículo 3. Principios y ámbito de aplicación.

³⁴ Proposición de Ley N° 122/000117. Cit.

³⁵ Ley Orgánica 3/2007. Cit.

1. *En el ejercicio de sus derechos de libertad, intimidad y autonomía personal, todas las personas tienen derecho a adoptar libremente decisiones que afectan a su vida sexual y reproductiva sin más límites que los derivados del respeto a los derechos de las demás personas y al orden público garantizado por la Constitución y las Leyes.*

2. *Se reconoce el derecho a la maternidad libremente decidida.*

Como podemos observar, la Ley Orgánica defiende y protege la libertad de las personas para decidir sobre su vida sexual y reproductiva, de modo que cabría la práctica de la maternidad subrogada si se concibe desde ese punto de vista, una mujer libre, decide reproducirse por otra persona y entregarle el niño que nazca, pero ¿y si esta decisión afecta a su bienestar físico y psicológico? ¿Y si no se cumple esa libertad de decisión a la hora de decidir quedarse embarazada?

Actualmente no existe una forma de controlar que la decisión tomada en el caso de la maternidad subrogada sea totalmente libre, y si no existe una tercera persona detrás de la mujer gestante que la empuje a someterse al proceso, en un gran número de casos son la existencia de problemas económicos los que acaban empujando a mujeres alrededor del mundo a ofrecerse a ello.

La separación de una mujer del bebé que ha portado en su interior durante nueve meses no puede pasar desapercibida, al llegar el embarazo a término y producirse la separación es inevitable que la mujer gestante sufra emocional y psicológicamente, y en mayor medida si la gestante es un familiar de los padres subrogantes, como ocurre en el modelo de la maternidad subrogada altruista en países como el Reino Unido y Portugal.

Una vez expuesto el problema, no encontramos solución para evitar que los derechos de la mujer gestante sean respetados en aquellos países donde la práctica es legal, los contratos seguirán siendo dominados por los padres subrogantes y la mujer gestante será una esclava de un contrato que controlará cada aspecto de su vida para una vez resuelto el contrato separarse de un ser humano que ella ha dado a luz, pero sí podemos observar como organizaciones internacionales defienden los derechos de la mujer condenando la práctica de la maternidad subrogada, siendo un ejemplo próximo a España, la Unión Europea en cuyo *Informe anual sobre los Derechos Humanos y Democracia en el*

*Mundo*³⁶ del año 2014 (publicado al año siguiente) “condena la práctica de la gestación por sustitución, que es contraria a la dignidad humana de la mujer, ya que su cuerpo y sus funciones reproductivas se utilizan como una materia prima; estima que debe prohibirse esta práctica, que implica la explotación de las funciones reproductivas y la utilización del cuerpo con fines financieros o de otro tipo, en particular en el caso de las mujeres vulnerables en los países en desarrollo, y pide que se examine con carácter de urgencia en el marco de los instrumentos de derechos humanos.”³⁷

3. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ANTE LOS CONTRATOS DE SUBROGACIÓN EN EL EXTRANJERO

La maternidad subrogada supone un grave problema dentro del tráfico jurídico internacional que los Estados y organizaciones internacionales están intentando remediar o solucionar. Al considerarse una práctica prohibida en nuestro país, como ya se ha explicado anteriormente, hoy en día son muchas las parejas y personas que viajan a países extranjeros en los cuales la práctica si está permitida.

El problema principal que se ha planteado en estos casos de maternidad subrogada internacional y que tiene relación directa con el Derecho Internacional Privado se basa en la inscripción de los menores en los registros civiles consulares como hijos de la pareja comitente que ha contratado los servicios de subrogación y la consecuente concesión de la nacionalidad española con el objetivo final de regresar a España con la inscripción de una relación de filiación lícita la cual otorgue todos los derechos y obligaciones, a padres y menor, que nuestro ordenamiento concede.

Por este motivo, y al ser el tema de este trabajo, la maternidad subrogada desde el Derecho Internacional Privado español, este tercer apartado se centrará en la respuesta

³⁶ Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de diciembre de 2015, sobre el Informe anual sobre los Derechos Humanos y la democracia del mundo (2014) y la política de la Unión Europea al respecto (2015/2229 (INI));

³⁷ Informe Comité de Bioética de España. Cit. Pg. 44

otorgada por el Estado español a este problema jurídico y a su vez la respuesta de la jurisprudencia internacional y la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, aunque esta última en un plano general.

3.1 Reconocimiento de inscripciones en Registros extranjeros

Uno de los factores más importantes y conectados con establecer una relación de filiación es el registro de dicha relación. En la práctica de la maternidad subrogada, los padres subrogantes tienen como objetivo poder registrar la relación de filiación surgida en el nacimiento de un menor que comparte material genético con ellos, o no, aunque haya sido gestado en el cuerpo de una tercera persona ajena a la pareja. En la actualidad, como ya he mencionado anteriormente, las parejas o personas individuales que llevan a cabo esta práctica, la llevan a cabo en países extranjeros donde el contrato creado entre las partes sea válido de pleno derecho. El problema surge en el momento posterior al parto, momento en el cual debe registrarse el nacimiento del menor a nombre de los padres subrogantes para poder atribuirle una nacionalidad e identidad al menor y así poder regresar a su país de origen.

A continuación analizaré la Instrucción con fecha 5 de Octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado³⁸, sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución y el conflicto que su aplicación está generando.

Ante el aumento del número de casos de menores nacidos mediante la práctica de la gestación por sustitución, y el consecuente aumento de peticiones para inscribir la relación de filiación entre el menor y los progenitores subrogantes en el Registro Civil del consulado español en el país donde se encuentren, la Dirección General de los Registros y del Notariado con el fin de facilitar estas inscripciones y ante el número de

³⁸ Dirección General de los Registros y del Notariado. Instrucción de 5 de Octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. (BOE núm. 243, de 7 de octubre de 2010)

recursos interpuestos ante este órgano contra resoluciones de Registros Civiles consulares que denegaban la inscripción de dichos menores, emitió la instrucción anteriormente citada, en la cual explica los requisitos para poder llevar a cabo la inscripción de la filiación, comenzando por enumerar tres aspectos importantes que debe abordar: *“en primer lugar, los instrumentos necesarios para que la filiación tenga acceso al Registro Civil español cuando uno de los progenitores sea de nacionalidad española, [...], en segundo lugar, la inscripción en ningún caso puede permitir que con la misma se dote de apariencia de legalidad supuestos de tráfico de menores y; en tercer lugar, la exigencia de que no se haya vulnerado el derecho del menor a conocer su origen biológico [...].”*

Aunque destaca estos tres aspectos, a continuación, menciona la existencia de la protección de la mujer gestante ya que esta renuncia, y cito textualmente, *“a sus derechos como madre.”* De esta cita se vuelve a hacer constancia que la madre no es la mujer que aporta su óvulo para ser implantado sino la mujer que da a luz al niño.

El requisito principal, sobre el que se basan el resto de requisitos, consiste en la presentación de una resolución judicial dictada por un Tribunal competente del país donde se haya producido el nacimiento ante el Encargado del Registro Civil consular.

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

La razón de ser de este requisito se encuentra en la necesidad de confirmar que se ha respetado el contenido del contrato con respecto al marco legal del país en el cual se ha perfeccionado y que tanto los intereses del menor como los derechos e intereses de la madre gestante no han sido violados. En esta resolución, el Tribunal constatará el consentimiento a la renuncia expresa, otorgado por la mujer gestante, de su relación de filiación con el niño nacido así como la inexistencia de posibles vicios de dicho consentimiento, como puedan ser engaño, violencia o intimidación. Junto a la resolución se podrá establecer la filiación paterna mencionada en el artículo 10.3 de la LTRA para facilitar *“la continuidad transfronteriza de una relación de filiación declarada por un Tribunal extranjero”*.

Una vez reconocida la filiación del menor con los padres subrogantes en la resolución dictada por el Tribunal extranjero, se procede a cumplir el segundo requisito incluido dentro de la primera directriz:

“2. Salvo que resultara aplicable un Convenio internacional, la resolución judicial extranjera deberá ser objeto de exequátur según el procedimiento contemplado en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881³⁹. Para proceder a la inscripción de nacimiento deberá presentarse ante el Registro Civil español, la solicitud de la inscripción y el auto judicial que ponga fin al mencionado procedimiento exequátur.”

Este segundo requisito está basado en el artículo 955, de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC) citada anteriormente, tras la reforma operada por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social⁴⁰, artículo que fue derogado por la disposición derogatoria única de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil⁴¹ y que por lo tanto no se encuentra vigente en la actualidad.

El encargado del Registro Civil, deberá valorar si admite o deniega la inscripción. Se requerirá previamente el exequátur de la resolución, de acuerdo con la LEC, en el caso de que dicha resolución haya sido dictada en el marco de un procedimiento jurisdiccional de naturaleza contenciosa. En cambio si el encargado del Registro Civil estima la resolución fue dictada en el marco de un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria únicamente tendrá que controlar incidentalmente si la resolución podría ser reconocida en España, y por lo tanto no sería requerido previamente el procedimiento exequátur.

Esta segunda opción, queda recogida en el tercer apartado de la directriz primera:

“3. No obstante lo anterior, en el caso de que la resolución judicial extranjera tuviera su rigen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, el encargado del Registro Civil controlará incidentalmente, como requisito previo a su inscripción, si tal resolución judicial puede ser reconocida en España.”

³⁹ Ley 1/2000, Cit.

⁴⁰ Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social (BOE núm. 313 de 31 de diciembre de 2003).

⁴¹ Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil (BOE núm. 182 de 31 de julio de 2015).

Para poder llevar a cabo dicho control incidental, este tercer apartado incluye cinco sub-
apartados, en los cuales se señalan los distintos ámbitos que se deberán controlar y
constatar.

Por último, la Dirección General de Registros y del Notariado incluye una segunda y
última directriz:

Directriz segunda- *“En ningún caso se admitirá como título apto para la inscripción del
nacimiento y filiación del nacido, una certificación registral extranjera o la simple
declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en
la que no conste la identidad de la madre gestante.”*

Con esta última directriz, la Dirección General de Registros y del Notariado quiere dejar
constancia de aquellos documentos que no serán considerados como válidos en el
momento en el que se quiera inscribir el nacimiento de un menor nacido por medio de
gestación por sustitución ya que no se puede verificar con dichos documentos el
cumplimiento riguroso de todas las cláusulas del contrato, la validez de la forma de
dicho contrato dentro del marco jurídico del país donde se ha llevado a cabo la práctica,
el consentimiento válido de renuncia a la filiación por parte de la gestante ni el respeto
de los derechos e intereses de la mujer y del menor nacido.

3.2 Doctrina y jurisprudencia ante la Instrucción de 2010

Tras analizar la Instrucción desde un punto de vista teórico debemos analizarla también
desde un punto de vista práctico, incluyendo las opiniones variadas que ofrece la
doctrina con respecto al contenido de la Instrucción y la respuesta que otorgó la
jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo. Unido a ello, existe una gran contradicción
entre la respuesta de nuestros Tribunales y la respuesta del TEDH, motivos que se
incluirán en este apartado.

3.2.1 Antecedentes y problema jurídico de la Instrucción

El problema de base es el reconocimiento de un certificado de nacimiento extranjero en el cual consta la relación de filiación de un menor con respecto a sus padres comitentes tras perfeccionar un contrato de gestación por sustitución con el fin de inscribirlo en el Registro Civil consular del país en el cual el menor haya nacido (y en el cual la práctica es legal y el contrato entre las partes lícito).

Ante el aumento de casos de parejas y personas españolas que recurren a esta práctica como medio para formar una familia y los problemas que surgían tras los nacimientos, la DGRN emitió el 18 de febrero de 2009 una primera resolución que estimaba la aplicación del artículo 81 del Reglamento del Registro Civil⁴² para poder inscribir a todos los nacidos a través de una gestación por sustitución.

Esta resolución fue impugnada por el Ministerio Fiscal cuyo argumento fue admitido en la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº15 de Valencia de fecha 15 de septiembre de 2010⁴³ que denegó la inscripción objeto del caso debido a que *“ni el artículo 81 RRC ni el artículo 85 RRC pueden ser invocados para contrariar lo dispuesto con claridad por el precepto legal transcrito (artículo 23 LRC), en virtud del principio de jerarquía normativa reconocido en el artículo 9.3 CE. Por tanto, previamente a acordar su inscripción en el Registro Civil español, la certificación extranjera tiene que superar un control de legalidad, como ha afirmado la propia Dirección General de los Registros y del Notariado (Resoluciones de 18 de diciembre de 2000, 28 de abril de 2008, 9 de febrero de 2009, 19 de febrero de 2009 y 27 de febrero de 2009 y otras muchas), que deriva del artículo 23 de la Ley del Registro Civil y del artículo 85 de su Reglamento”*

Como solución a este problema, la DGRN publicó el 5 de octubre de ese mismo año la instrucción analizada en este trabajo, la cual producirá de igual forma problemas

⁴² Decreto, de 14 de noviembre de 1958, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil (BOE núm. 296, de 11 de diciembre de 1958, págs. 10977-11004)

⁴³ Sentencia Juzgado de Primera Instancia nº 15 de 15 de septiembre de 2010 núm. 193/2010

jurídicos que serán debatidos por el Tribunal Supremo, jurisprudencia que no admite la aplicación práctica de este texto.

3.2.2 *Jurisprudencia Tribunal Supremo*

Al ser el caso valenciano el punto de partida y eje principal de la jurisprudencia dictaminada sobre la maternidad subrogada y los problemas de filiación que supone, basaré la explicación y las soluciones otorgadas por nuestro Derecho Internacional Privado en este caso y todas las fases del procedimiento judicial que concluyó con la respuesta del Tribunal Supremo.

Cómo ya se ha reiterado anteriormente, a lo largo de todo el proceso judicial llevado a cabo por la pareja valenciana y que ha finalizado con la sentencia emitida por el Tribunal Supremo ya citada, el reconocimiento de la inscripción del menor ha sido total y absolutamente denegada. Basando su decisión en razones de orden público y la violación del interés superior del menor producida por el contrato de maternidad subrogada.

Citando textualmente la sentencia emitida por la Audiencia Provincial de Valencia⁴⁴, fase segunda del procedimiento, mantiene que existen *"importantes obstáculos a la inscripción en Registro Civil español de la filiación pretendida, aun sin exigir que la decisión extranjera coincida con la que se hubiera adoptado aplicando el Derecho español. Estos obstáculos radican en la infracción por la certificación registral californiana del orden público internacional español (tal como prescriben para sus respectivos ámbitos el artículo 954.3 LEC de 1881, el 23 de la Ley de Adopción Internacional y el 34.1 del Reglamento 44/2001)". En concreto, el artículo 954.3 LEC de 1881 dispone que: "Si no estuvieren en ninguno de los casos de que hablan los tres artículos que anteceden, las ejecutorias tendrán fuerza en España si reúnen las circunstancias siguientes: (...) 3. Que la obligación para cuyo cumplimiento se haya*

⁴⁴ Sentencia Audiencia Provincial de Valencia. Cit.

procedido sea lícita en España"; el artículo 23, "Orden público internacional español", de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, dice que: "En ningún caso procederá la aplicación de una Ley extranjera cuando resulte manifiestamente contraria al orden público internacional español. A tal efecto se tendrá en cuenta el interés superior del menor y los vínculos sustanciales del supuesto con España. Los aspectos de la adopción que no puedan regirse por un Derecho extranjero al resultar éste contrario al orden público internacional español, se regirán por el Derecho Sustantivo español"

El Tribunal Supremo suscribe el dictamen de la Audiencia Provincial, y desestima el recurso de amparo presentado por la pareja, alegando a su vez que aún contrariando la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que admite la inscripción de los menores en los casos Labassee y Mennesson, al no ser estos análogos al caso valenciano ni las legislación francesa igual a la española en materia de filiación.

Tras esta respuesta del Supremo, encontramos en nuestro ordenamiento la base de todo el problema, una incoherencia absoluta entre nuestra jurisprudencia y la Instrucción de la Dirección General de los Registros y el Notariado, que a su vez solo consigue provocar confusión e inseguridad jurídica para las personas que llevan a cabo contratos de subrogación en el extranjero ya que no existe forma legal de saber si tras el nacimiento se podrá inscribir o no al menor en el Registro consular aunque se cumplan los requisitos de la Instrucción y si el Ministerio Fiscal decida o no iniciar procedimiento judicial en España para evitar la inscripción motivando su demanda en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo.

3.3 Trabajos de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado

La Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado es una organización internacional compuesta por 82 miembros (81 estados y una organización internacional,

la Unión Europea) cuya labor se centra en armonizar las distintas legislaciones con el fin de homologar las normas relativas al Derecho Internacional Privado a nivel mundial.

Desde el año 2011 esta organización ha intentado solventar los problemas legales originados por la práctica de la maternidad subrogada en todo el mundo. Al considerar este tema de suma importancia por el creciente número de menores nacidos mediante esta técnica, en dicho año la conferencia tomó la decisión de crear un gabinete formado por varios expertos dedicados no solo a tratar cuestiones relacionadas con los menores sino también, relativo al estatuto legal de los menores nacidos por medio de acuerdos de subrogación en países distintos al de origen de los padres y a establecer reuniones anuales con el fin de publicar informes que versaran sobre la materia.

Antes de comenzar con el análisis central de este apartado, como anteriormente hemos expuesto, el Comité de Bioética de España incluyó en su informe un apartado dedicado a la Conferencia de la Haya en el cual, destaca el informe publicado en el año 2015 que alerta sobre las graves amenazas de los derechos humanos, incluidos los del niño, y en concreto incluye cinco en su informe: *“el abandono de niños por parte de los comitentes, bien por razones de salud o bien de preferencia de sexo; la inadecuación de los comitentes para ser padres y riesgo de tráfico de niños; el derecho del niño a conocer sus orígenes genéticos y biológicos; los problemas relativos a la libertad de consentimiento de las gestantes; las malas prácticas por parte de los agentes intermediarios de la subrogación”*⁴⁵.

Aunque desde entonces se ha estado trabajando en la materia no se ha llegado todavía a una conclusión definitiva ya que, aun estando en el año 2018, se ha realizado una reunión del pasado trece al quince de marzo para poder elaborar un informe que se publicará en el año 2019. Debido a que este último informe aún no ha sido publicado analizaré en este trabajo el informe más reciente publicado en el mes de febrero de 2018⁴⁶.

⁴⁵ Informe Comité de Bioética de España. Cit. Pg. 43

⁴⁶ Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado. *Report of the February 2018 meeting of the Experts' Group on Parentage/Surrogacy project*. (Disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/0510f196-073a-4a29-a2a1-2742c95312a2.pdf>; última consulta 06/04/2018)

Con el fin de completar este trabajo de investigación, y en relación con la labor llevada a cabo por la Conferencia de la Haya incluiré un breve análisis de un cuestionario⁴⁷ remitido al Estado español por la Oficina Permanente de la Conferencia con el fin de evaluar el estado legal con respecto a la determinación de la filiación de los menores en nuestro país junto con preguntas relacionadas con el tratamiento de la maternidad subrogada y los menores que nacen por esta vía.

En su Informe la Conferencia de la Haya, como organismo internacional, se ha preocupado en los últimos años por el tratamiento de la filiación (“*legal parentage*”) de los menores nacidos no sólo nacidos por la vía de la maternidad subrogada sino por cualquier menor cuyo nacimiento suponga un conflicto internacional.

El informe en cuestión se compone de tres apartados, siendo estos: (traducido al español)

*A. El reconocimiento de una decisión judicial extranjera sobre la filiación legal: posibles disposiciones para un instrumento internacional*⁴⁸

*B. Filiación legal y documentos públicos*⁴⁹

*C. Filiación legal en el contexto de acuerdos de subrogación internacional y técnicas de reproducción asistida*⁵⁰

En primer lugar, observando el apartado “A”, el “grupo” creado para tratar el tema de la filiación legal de los menores discute en su último informe la posibilidad de establecer un instrumento legal que pueda ser utilizado por todos los Estados para poder determinar la relación de filiación, relación que el grupo considera elemental al ser la filiación un status del cual derivan importantes derechos del menor. Sumado a este fin general, el “grupo” especifica tres fines más, siendo estos: “proveer previsibilidad, continuidad y certeza de la filiación legal en situaciones internacionales para todas las personas involucradas, resolver conflictos entre sistemas legales con respecto al establecimiento y contestación de la filiación legal y tener en cuenta en el contexto de

⁴⁷ Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado. *Questionnaire on the Private International Law issues surrounding the status of children, including issues from international surrogacy arrangements of April 2013*. (Disponible en: <https://assets.hcch.net/upload/wop/gap2014pd3es.pdf>; última consulta: 08/04/2018)

⁴⁸ Informe Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado. Cit. Pg.1

⁴⁹ Informe Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado. Cit. Pg. 5

⁵⁰ Informe Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado. Cit. Pg. 6

la filiación legal, los derechos fundamentales de todas las personas involucradas, y en particular el mejor interés del menor como una consideración primaria.”. Unido a los fines del futuro instrumento legal, el “grupo” analiza todos los ámbitos legales que dicho instrumento podría afectar y su contenido material.

En segundo lugar, en el apartado “B”, el “grupo” considera la importancia de los documentos públicos relacionados con el establecimiento de la filiación legal y la existencia de una diversidad de tipos de certificados de nacimientos y otros documentos utilizados para registrar dicha filiación, diversidad que origina una preocupación en cuanto a la importancia que cada Estado otorga a estos certificados y documentos.

Para tratar dicha preocupación, el “grupo” divide su análisis en tres aspectos: la ley aplicable, la aceptación de certificados de nacimiento extranjeros como evidencia refutable de filiación legal y el reconocimiento “*ope legis*”. Dentro de estos tres aspectos, el “grupo” considera la posible creación de normas legales que contengan factores de conexión, estando la mayoría de los expertos de acuerdo en que se aplique el principio de “*lex fori*” cuando existan diferentes políticas de derecho sustantivo que puedan crear dificultades a la hora de establecer la ley aplicable al caso.

Unido a esto, la creación de dichas normas comunes tendrá como beneficio la mejora en cuanto a la circulación de certificados de nacimiento, debido a que en la mayoría de los Estados este documento no establece la relación de filiación, sino que únicamente se considera una prueba refutable de la filiación legal. Aún así el “grupo” admite que las normas creadas para mejorar la circulación de los certificados no pueden garantizar la continuidad de la filiación legal de un Estado a otro.

Para concluir esta segunda parte, algunos expertos proponen que los certificados de nacimiento sean reconocidos “*ope legis*” en otros Estados. Pero esta propuesta necesita a su vez que todos los Estados admitan los certificados como constitutivos de la filiación legal lo que requerirá que estos sean identificados y que sean complementados por otros documentos, como por ejemplo un certificado de nacimiento internacional. Dejando a un lado esta posibilidad, el “grupo” decide finalmente que ninguna aproximación a este tema debe adoptarse si existe la posibilidad de crear confusión ni tampoco se debe socavar el peso actual dado a los certificados de nacimiento.

En tercer lugar, el “grupo” se pronuncia sobre los acuerdos de gestación subrogada, reconociendo que la mayoría de problemas relacionados con la filiación legal internacional son originados por estos acuerdos. Nace la pregunta en este momento sobre si es posible la aplicación a estos casos de reglas generales sobre filiación legal o si sería una mejor alternativa la creación de una serie de reglas a parte de las generales sobre Derecho Privado Internacional.

Teniendo en cuenta, el diferente tratamiento otorgado por los Estados con respecto a este tipo de filiación debido a las preocupaciones relacionadas por ejemplo con la potencial explotación y la importancia de proteger los intereses del menor, debe considerarse un factor a tener en consideración durante la discusión. Como consecuencia de ello, el “grupo” de expertos ofrece tres ideas: la creación de un Protocolo Opcional específico para los acuerdos de subrogación internacional, un mecanismo que pueda permitir a los Estados incluir o excluir los acuerdos de subrogación internacional del ámbito del instrumento (anteriormente mencionado) y el desarrollo de un mecanismo especial de cooperación para poder salvaguardar el mejor interés y derechos del menor y las partes implicadas.

Aunque estas propuestas son expuestas, el “grupo” no se decanta por ninguna pero sí reconoce nuevamente la especial atención que este tema se merece, añadiendo que se continuara trabajando en el desarrollo de este tema en futuras reuniones.

Como conclusión, el “grupo” repite la importancia que el tema de la filiación legal internacional genera en la actualidad, y establece los puntos a tratar en la próxima reunión siendo estos una mayor profundización en la discusión relativa a la aplicación de normas uniformes a la filiación, el posible reconocimiento o aceptación de documentos públicos extranjeros que registran la filiación legal y refinar posibles disposiciones relativas al reconocimiento de decisiones judiciales extranjeras, teniendo en cuenta las conclusiones del “grupo” contenidas en el presente informe. Por último deciden la convocatoria de otra reunión separada que se centre específicamente en los acuerdos de subrogación internacional.

Relativo al cuestionario anteriormente citado, la Conferencia de la Haya preocupada por la filiación legal y los problemas que los acuerdos de maternidad subrogada internacional están originando, tomó la iniciativa de remitir un cuestionario a diferentes Estados con el fin de recibir información acerca de la situación en la que se encontraba

la situación registral de los nacimientos dentro de cada Estado, el reconocimiento de la filiación legal y el tratamiento que se estaba otorgando a los casos relacionados con menores nacidos por la práctica de la maternidad subrogada internacional.

Este mismo cuestionario fue remitido a numerosos Estados y se compone de cinco partes, las cuales contienen diferentes apartados y preguntas con múltiples respuestas de las cuales el Estado que este contestando elige una de las opciones dadas.

De forma general y resumiendo las respuestas dadas por España, podemos destacar que nuestro país recalca la expresa prohibición de cualquier forma de maternidad subrogada en la pregunta número veinticuatro, de la primera parte del cuestionario, apartado D⁵¹ y junto a ello, en la pregunta veintiséis⁵² que la filiación legal de los menores que nazcan por medio de maternidad subrogada corresponderá a la madre gestante que ha dado a luz al menor y a su esposo o pareja, pudiendo el padre biológico iniciar el procedimiento judicial para declarar su derecho de paternidad.

A lo largo del cuestionario, se puede observar la mínima información que el Estado español tiene sobre el número de casos de maternidades subrogadas llevadas a cabo en el extranjero pero termina expresando su preocupación en cuanto al status legal de los menores nacidos mediante esta vía.

Con la mirada puesta en el futuro, España se compromete en la quinta y última parte, titulada *“Pensamientos sobre el posible trabajo futuro”*, a participar en los trabajos llevados a cabo por la Conferencia de la Haya relativos a la maternidad subrogada, y expresa que su mayor dificultad es hacer frente a la forma de proteger a la mujer y evitar su explotación y cómo proteger los derechos de los menores a conocer y vivir con sus padres naturales.

4. CONCLUSIONES

⁵¹ Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado. Cuestionario. Cit. Pg. 14

⁵² Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado. Cuestionario. Cit. Pg. 16

Conforme hemos ido avanzando en el estudio y posterior redacción, se puede comprobar que existen numerosas preguntas que surgen como consecuencia de la escasa regulación, la doctrina contradictoria de los tribunales nacionales e internacionales, y el poco cuidado que se ha tenido con respecto al tratamiento del “interés superior del menor” y los derechos de la mujer. Unido a esto, debemos mencionar que la maternidad subrogada lleva aparejada otros problemas legales a parte de los relativos a la filiación e inscripción del menor, actualmente existen numerosos problemas en cuanto a los permisos de maternidad y paternidad de los padres subrogantes una vez que retornan, problema que se encuentra actualmente también en debate.

Comenzando por la legislación nacional, no es posible que exista la prohibición expresa de la maternidad subrogada y su tipificación como delito incluyendo a aquellos acuerdos de maternidad subrogada llevados a cabo en el extranjero pero que en paralelo exista una Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado que permita su inscripción en los registros civiles consulares cuando el Tribunal Supremo prohíbe dicha inscripción. Unido a ello, la jurisprudencia relacionada con este tema es escasa ya que en comparación con el número de casos que se estima que existen en España de menores nacidos mediante gestación subrogada en el extranjero y traídos posteriormente a nuestro país, solo en algunos casos se ha denegado la inscripción e iniciado un procedimiento judicial de oficio por el Ministerio Fiscal.

Si se considera una práctica degradante y dañina para la mujer y el menor, mi investigación me ha llevado a la conclusión de que no se están tomando las suficientes medidas para frenar la existencia de la maternidad subrogada ni por parte del Estado español ni por parte de las organizaciones internacionales que llevan años celebrando reuniones para tratar el tema pero sin llegar a ninguna conclusión fructífera que se pueda aplicar.

Sumado a ello, la propuesta presentada en el Congreso de los Diputados por el grupo de Ciudadanos es escasa y se centra únicamente en los padres subrogantes sin tener en ningún momento en cuenta los derechos de la mujer que se encuentran en peligro si la práctica se lleva a cabo, centrandos sus esfuerzos en enumerar múltiples requisitos para la mujer gestante y prácticamente ninguno para los padres. Además de ser una propuesta surrealista y totalmente utópica al pensar que pueden existir mujeres que sin ningún problema económico o de otra índole se vayan a inscribir por voluntad propia en un

Registro para después someterse a numerosas pruebas físicas y psicológicas con el fin de llevar a cabo un embarazo que podría dañar su salud de por vida o incluso producirle la muerte en casos extremos.

Al estar en juego los derechos de las mujeres desde un primer momento, estimo que es necesario que se establezcan límites y se señalen diferentes controles para no permitir que mafias u otros grupos organizados se aprovechen de la ley con el fin de explotar a mujeres para satisfacer los deseos de personas, no sus derechos.

Inicié la investigación de este trabajo y su consiguiente redacción con una visión dudosa sobre la maternidad subrogada y, llegados a este punto final, sigo sin inclinar plenamente hacia un lado u otro la balanza, en favor o en contra.

Si viviésemos en una sociedad perfecta donde se pudiera llevar a cabo la maternidad subrogada podría llegar a estar plenamente a favor pero no vivimos en una sociedad perfecta sino en una sociedad que aprovechará la desesperación de dos partes, una mujer y una pareja, con el fin de beneficiarse económicamente y acabar convirtiendo el deseo de formar una familia de una pareja a la pesadilla y explotación de otras.

5. BIBLIOGRAFÍA

(Por orden de aparición)

1. Instituto Universitario de la Familia. Universidad Pontificia Comillas (2017). Informe familia 2017.

2. Prats, J.M., “El rechazo de Calvo a los vientres de alquiler irrita a Rivera”, El Periódico, 11 de junio de 2018 (disponible en <https://www.elperiodico.com/es/sociedad/20180611/ventre-alquiler-polemica-psoe-ciudadanos-6870125>; última consulta 12/06/2018)

3. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 281 de 24 de noviembre de 1995) Última actualización publicada el 28 de abril de 2015.
4. Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (BOE núm. 126 de 27 de mayo de 2006) Última actualización publicada el 14 de julio de 2015.
5. Real Decreto, de 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil (BOE núm. 206 de 25 de julio de 1889) Última actualización publicada el 29 de junio de 2017.
6. Llaría Ibañez, B. (2003). *LIBRO II. Título XII. De la suposición de parto y de la alteración de la paternidad estado o condición del menor*. Álvarez García, F.J (dir.), *Doctrina Penal de los Tribunales Españoles Colección Doctrina Jurisprudencial*. Valencia: Tirant lo Blanch.
7. Fernández Bautista, S., Corcoy Bidasolo, M., Cardenal Montraveta, S., Mir Puig, S., Bolea Bordón, C., Gallego Soler, J.I., Gómez Martín, V., Santana Vega, D., Mir Puig, C., Hortal Ibarra, J.C., Carpio Briz, D., Artaza, O., Besio, M. (2011). *Libro segundo Título duodécimo del Código Penal (Arts. 217 a 233)*. González Cussac, J.L. (dir.) Górriz Royo, E. (coord.), Matallín Evangelio, A. (coord.) *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010. (epígrafe 21)*. Valencia: Tirant lo Blanch.
8. Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996) Última actualización publicada el 29 de julio de 2015.
9. Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 7 de 8 de enero de 2000) Última actualización publicada el 4 de noviembre de 2011 (nueva actualización en proceso)
10. Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE núm. 157 de 2 de julio de 1985) Última actualización publicada el 28 de octubre de 2015.
11. Sentencia Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre núm. 826/2011
12. Díaz Romero, M. R. “La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico”. *Diario La Ley*, n.º 7527, Madrid, 2010, pág.1.

13. Romero Pareja, A. (2010) *La reproducción humana asistida, desarrollo legal y jurisprudencial*. Ruiz-Rico Ruiz, G., Morente-Torres Herrera, M.L., Pérez Sola, N. (Coords.), Principios y Derechos constitucionales de la personalidad. Su proyección en la legislación civil. (págs. 85 a 144). Valencia: Tirant lo Blanch.
14. Moreno Quesada, L., Ruiz- Rico Ruiz Morón, J., Ossorio Serrano, J., Herrera Campos, R., Moreno Quesada, B., González Porras, J., González García, J. Sánchez Galero, F. (2015). *Curso de derecho civil IV. Derechos de Familia y Sucesiones*. Sánchez Calero, F. J. (coord.) (págs. 216-217) Valencia: Tirant lo Blanch
15. García Vicente, J.R. (2011). *La filiación*. Yzquierdo Tolsada, M., Cuenca Casas, M., (Dir.), Tratado de Derecho de familia, Vol. V, tomo I (pág. 39) Thomson Reuters-Aranzadi
16. Hualde Manso, T. “De nuevo sobre la filiación de los nacidos mediante gestación contratada”. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 10 (num.10), págs. 35 a 47.
17. Comité de Bioética de España. (2017). Informe sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada. (disponible en: http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.pdf; última consulta 14/03/2018)
18. Consejo de Europa. Convenio para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Creación: 4 de Noviembre de 1950. (BOE núm. 243 de 10 de Octubre de 1979) Revisión vigente desde 01 de Junio de 2010. (Disponible en: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf; última consulta: 16/03/2018)
19. Proposición de Ley Nº 122/000117, de 8 de septiembre, reguladora del derecho a la gestación por subrogación (Presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos) (disponible en: http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-145-1.PDF; última consulta 14/03/2018)
20. Chacón, F. (2018, 25 de abril). El Tribunal Constitucional portugués veta la Ley de Vientres de Alquiler. *ABC*. (Obtenido 13/06/2018 de http://www.abc.es/sociedad/abc-tribunal-constitucional-portugues-veta-ley-vientres-alquiler-201804251631_noticia.html;)

21. Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (BOE núm. 55, de 4 de marzo de 2010) Última actualización publicada el 22 de septiembre de 2015.
22. Organización de las Naciones Unidas. Convención sobre los Derechos del Niño, 20 de noviembre de 1989. (Disponible en: <http://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>; última consulta el día 6/04/2018)
23. Parlamento Europeo, Consejo de la Unión Europea y Comisión Europea. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000. Última actualización vigente publicada el 1 de diciembre de 2009. (Disponible en: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf; última consulta: 12/04/2018)
24. Constitución Española. (BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978). Última actualización vigente publicada el 27 de septiembre de 2011.
25. Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero 2013 835/2013
26. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 26 de junio, caso Mennesson c. Francia (núm. 65192/11)
27. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 26 de junio, caso Labassee c. Francia (núm. 65941/11)
28. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 28 de junio de 2007, caso Wagner c. Luxemburgo
29. Manifiesto. Movimiento “No somos vasijas”. Publicación el 22 de junio de 2016 (disponible en: http://nosomosvasijas.eu/?page_id=1153; última consulta: 21/03/2018)
30. Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de diciembre de 2015, sobre el Informe anual sobre los Derechos Humanos y la democracia del mundo (2014) y la política de la Unión Europea al respecto (2015/2229 (INI));
31. Dirección General de los Registros y del Notariado. Instrucción de 5 de Octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. (BOE núm. 243, de 7 de octubre de 2010)

32. Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social (BOE núm. 313 de 31 de diciembre de 2003).
33. Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil (BOE núm. 182 de 31 de julio de 2015).
34. Decreto, de 14 de noviembre de 1958, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil (BOE núm. 296, de 11 de diciembre de 1958, págs. 10977-11004)
35. Sentencia Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Valencia de 15 de septiembre de 2010 núm. 193/2010
36. Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado. *Report of the February 2018 meeting of the Experts' Group on Parentage/Surrogacy project*. (Disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/0510f196-073a-4a29-a2a1-2742c95312a2.pdf>; última consulta 06/04/2018)
37. Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado. *Questionnaire on the Private International Law issues surrounding the status of children, including issues from international surrogacy arrangements of April 2013*. (Disponible en: <https://assets.hcch.net/upload/wop/gap2014pd3es.pdf>; última consulta: 08/04/2018)